Die Bedeutung des gesetzlichen Formzwanges für den obligatorischen Immobiliarveräusserungsvertrag.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD.
LIBRARY
BERL.

vorgelegt von

Erich Voigt

aus Berlin

Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Müncheberg.

Approbiert am 29. Februar 1908.

Berlin
Buchdruckerei Wilhelma R. Saling & Co.
1908

175

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Litteratur.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preuß. Ausf.-Best. Bd. I, 1901.

Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich. 1896.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechtes. 1903.

Crusen u. Müller, Die preußischen Ausführungsgesetze zum B. G. B. 1901.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. II. Bd. 1. Abt. 1905, 2. Abt. 1906.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I, 1903.

Engelmann, Das alte und neue bürgerliche Recht Deutschlands. 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. I. Bd. 1901.

Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des B. G. B. und zur Grundbuchordnung. 1900.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Ges. Buch, systemat. dargestellt. 1903.

Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag. 1904.

Habicht, Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 1901.

Hachenburg, Das B. G. B. für das Dtsch. Reich. 1900.

Kohler, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1906.

Kuhlenbeck, Das B. G. B. für das Dtsch. Reich nebst dem E. G. 1903.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 1907.

Matthias, Lehrb. des bürgerl. Rechts. 1900.

Meisner, Recht der Schuldverhältnisse. 1898.

Neumann, Handausgabe des B. G. B. für das D. R. 1905.

Oberneck, Das Reichs-Grundb.-Recht u. die preuß. Ausf.-Best. 1904.

Oertmann, Recht der Schuldverh. 1906.

Planck, Bürgerl. G. B. und E. G. 1907.

Scherer, Das erste Jahr des B. G. B. 1901.

Schollmeyer, Recht der Schuldverh. 1900.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B. und E. G. 1906.
Staub, Kommentar zum H. G. B. I. Bd. 1906, II. Bd. 1907.
Tochtermann, Beiträge zur Erläuterung des § 313 B. G. B. 1902.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den dtsch. Reichs-Ges. und den preuß. Ausf.-Best. 1902.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.

Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Dtsch. Reich. 1888.
Protokolle der Kommision für die 2. Lesung des Entw. des B. G. B. 1898.
Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. 1896.
Bericht der Reichstagskommission über den Entw. eines B. G. B. 1896.

Archiv für bürgerliches Recht.
Centralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat.
Deutsche Juristenzeitung.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Obertribunals.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen.
Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan, Falkmann).
Seufferts Archiv.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Inhalts-Übersicht.

Seite

I. Wesen der in § 313 B. G. B. verlangten Form.
1) Wirtschaftliche Bedeutung der Form für den § 313 7
2) Anwendungsart der Form 12
II. Anwendungsgebiet der Formvorschrift.
1) Rechtliche Natur der dem Formzwang des § 313 B. G. B. unterliegendem Rechtsgeschäfte.
a) »Vertrag«, daher ausgenommen einseitige Rechtsgeschäfte 17
α) Einseitige Rechtsgeschäfte überhaupt.
β) Mit Bezug auf den Bestand eines bestehenden oder im Entstehen begriffenen Vertrages.
αα) Zustimmung 18
ββ) Rücktritt 19
γγ) Wandelung 19
b) »verpflichtet« 20
c) »Eigentum« 21
d) »Grundstück« 23
e) »übertragen« 23
2) Arten der von § 313 berührten Rechtsgeschäfte.
a) Allgemeines.
α) Vorvertrag 25
β) Abtretung des Schuldversprechens 26
γ) Schuldübernahme 28
δ) Abänderung des Vertrages 28
ε) Aufhebung des Vertrages 29
b) Besonderes.
α) Kauf und Tausch 29
β) Vorkauf 30
γ) Wiederkauf 32
δ) Schenkung 33
ε) Auftrag — Vollmacht — Parzellierungsauftrag . . . 34
ζ) Gesellschaft 35
η) Leibrente 39
ϑ) Gemeinschaft 40

Seite

ι) Bürgschaft 40
κ) Vergleich 41
λ) Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis 41

III. Heilung des Formmangels.

1) Mittel zur Heilung 43
a) Auflassung. 45
b) Eintragung 47
2) Äußerung der Heilung
a) »Ohne Beobachtung dieser Form geschlossen« 48
b) »seinem ganzen Inhalte nach« 49
c) »gültig werden« 51

Oberster Grundsatz des B. G. B. in Bezug auf die Form der Rechtsgeschäfte ist, diesen keine solche bestimmter Art vorzuschreiben. Damit soll allerdings nicht das Fehlen jeder äußeren Gestaltung erlaubt sein. Aber die gesteckten Grenzen sind sehr weit und die Formvorschriften sehr einfach.[1])

Diese Auffassung entspricht dem Standpunkt der modernen Gesetzgebung, die hiermit den Forderungen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs nach größerer Beweglichkeit nachkam. Am lebhaftesten war dieses Verlangen im Handelsrecht vorhanden. Deshalb hatte auch bereits das alte Handelsgesetzbuch weitgehende Formfreiheit eingeführt, während wichtige Partikularrechte, wie das Allgemeine Landrecht und der Code civil, noch auf dem Boden des Formzwanges standen.

So stellt sich auch das B. G. B. mit Rücksicht auf die moderne Entwickelung des Rechtsverkehrs grundsätzlich auf den Standpunkt der Formfreiheit. Allerdings hat dieses Prinzip aus praktischen Gründen vielfache und wichtige Einschränkungen erfahren müssen. Eine der Gestalten, unter denen der Formzwang auftritt, ist die Vorschrift der

---

[1]) Cosack I, S. 179.

gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, die wieder mehr oder minder qualifiziert sein kann. Einschneidende Bedeutung erlangt diese Vorschrift bei dem § 313 B. G. B.:

»Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.«

I. Wesen der in § 313 B. G. B. verlangten Form.

1. Wirtschaftliche Bedeutung der Form für den § 313 B. G. B.

Die vom Gesetz für den Vertrag über die Verpflichtung zur Übertragung von Grundstückseigentum vorgeschriebene Form ist die der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Der Grund für die Einführung dieser schwerfälligen Form, wie er in den Motiven[1]) und in der Denkschrift[2]) zum Ausdruck kommt, war folgender: Die Wichtigkeit der Grundstücke ist auch zu unseren Zeiten noch so groß, daß die Verschiebung des Grundstückseigentums durch bestimmte Maßregeln erschwert werden mußte. Die Seßhaftigkeit der Bevölkerung ist grundlegend für den Bestand des Staates. Durch das Formerfordernis soll ferner der minder rechts- und geschäftsgewandte Bauer vor übereilten Grundstücksveräußerungen geschützt werden. Außerdem bietet die Mitwirkung von Rechtskundigen die beste Gewähr dafür, daß der Wortlaut des Vertrages so gewählt wird, daß er möglichst jedes Mißverständnis ausschließt und daß ferner über alle die Punkte Vereinbarungen getroffen werden, die geregelt werden sollten.

---

[1]) Motive II S. 189.
[2]) Denkschrift S. 47.

Allerdings hat die Vorschrift trotz ihrer großen Zweckmäßigkeit auch Schattenseiten. Denn die Schwerfälligkeit der Form schützt den sich Verpflichtenden nicht nur, sie drückt ihn auch, ohne daß er die Möglichkeit hat, sie abzuschütteln. Ferner ist die Beurkundung mit Kosten verknüpft. Das mag manchen bewegen, den Vertrag formlos abzuschließen und dann die Heilung, die das Gesetz gewährt, durch Auflassung und Eintragung eintreten zu lassen.[1]) Vielleicht kommen auch Fälle vor, bei denen die Vorschrift dem, den sie schützen soll, direkt zum Schaden gereicht.[2]) Doch all diese Nachteile sind unbedeutend gegenüber den höheren Zielen, die erreicht werden.

War die mündliche Form ausgeschlossen, so reichte auch die Schriftform nicht aus, wie sie viele neuere Gesetze[3]) vorschrieben. Denn die Gefahr von »Wirtshausgeschäften« wird hierbei doch nicht vermieden. Gerade bei der Schriftform war auch für die Befürchtung Anlaß, daß der Vertrag unvollständig und unklar sein würde, weil er den äußeren Schein der Richtigkeit und Vollständigkeit hat.[4])

Die bisherige Erfahrung unter der Herrschaft des B. G. B. hat denn auch gezeigt, daß die Einführung des § 313 berechtigt war: sie hat die Erwartungen, die an diese geknüpft wurden, erfüllt. Natürlich hat es nicht an Stimmen gefehlt, die mehr oder minder schwere Bedenken gegen die Vorschrift äußerten, teils, weil man ihre Bedeutung nicht richtig erfaßte und die schwärzesten Folgen vorauszusehen glaubte; teils stammten die Bedenken aus Kreisen, die allerdings ein starkes persönliches Interesse an einer Aufhebung des § 313 hatten. Zu den letzteren gehörten namentlich Auktionatoren und Grundstücksmäkler, auch die Grund- und Hausbesitzervereine, die auf dem Verbandstage 1902 in Berlin gegen § 313 Stellung nahmen. Gewiß waren ihre Forderungen berechtigt. Aber es sind

---

[1]) Dernburg II_1, S. 192.

[2]) Vergl. Hachenburg S. 91.

[3]) A. L. R. I, 5 § 135; I, 10 § 15 ff; I, 11, § 75. Sächs. B. G. B. §§ 822 und 824. Für Württemberg: Ges. vom 23. Juni 1853, Art. 1.

[4]) Motive II, S. 189.

doch immer nur einzelne, wenige, die betroffen werden. Die Wahrung ihrer Interessen muß zurückstehen, wenn einerseits die Erhaltung der Grundlagen des Staates und andrerseits das Wohl der überwiegenden Mehrzahl seiner Angehörigen in Frage kommt.

Die Klagen, die aus diesen Interessentenkreisen kamen, gründeten sich auf die Erschwerung des Grundstücksverkehrs. Daß diese Begründung nicht durchschlagend ist, hat die Erfahrung seitdem festgestellt. Wenn sich die Form wirklich vereinzelt als Verkehrshemmung gezeigt hat, so wird dieser Nachteil reichlich wett gemacht durch die wohltätigen Folgen, die der Überlegungszwang und die Belehrungsmöglichkeit in der Tat gezeitigt haben.[1]) Daß sich ein lebhafter Grundstücksverkehr auch unter der Herrschaft der Form entwickeln kann, zeigt übrigens das Beispiel von Bayern, das seit 1861 den notariellen Verbriefungszwang kennt.

Es wurde weiter von den Gegnern der Formvorschrift gesagt, daß sie den Wortbruch begünstige, daß sie gegen Treu und Glauben verstoße, Argumente, die hier gar nicht in Betracht kommen, wo es sich darum handelt, dem Geschäftsungewandten zu helfen, den Schwachen zu schützen.[2]) Ist der Zweck des Gesetzes nicht ein höherer, wenn es den Redlichen von einer übereilt eingegangenen Verbindlichkeit befreit, zu der ihn sein gewandter, skrupelloser Vertragsgegner, vielleicht mit unlauteren Mitteln, bewogen hat, anstatt ihn diesem in die Hand zu geben? Wenn es dem Hilfe gewährt, der sich nicht selbst helfen kann, anstatt der Gewissenlosigkeit desjenigen Vorschub zu leisten, der keiner Hilfe bedarf?

Nicht nur die Vorzüge der schriftlichen oder notariellen Beurkundung im allgemeinen hat der Rechtsverkehr der letzten Jahre zur Geltung gebracht, besonders auch hat sich die größere Zweckmäßigkeit gegenüber der bloßen Schriftlichkeit des Vertrages erwiesen. Das bezeugen die Stimmen aus den Gebieten, in denen bisher die Schriftform

---

[1]) Jacobi i. d. Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern, 1906, S. 392.
[2]) Vgl. Weißler i. Zeitschr. d. dtsch. Notarvereins, 1902, S. 278.

galt:[1]) Der Geschäftsgewandtere faßt gewöhnlich den Vertrag ab, gibt ihm die ihm passende Form, deren Tragweite der andere noch gar nicht übersieht. Soll erfüllt werden, dann sieht der andere, daß er ausgebeutet ist, und dann kommt es zum Prozeß, dessen Ausgang nicht mehr zweifelhaft ist.

Man hat sich nun im Laufe der Zeit an die Vorschrift des § 313 gewöhnt: der Verkehr hat sich ihr eben angepaßt. Infolgedessen hat der Sturmlauf gegen ihn nachgelassen. Auf dem 28. deutschen Juristentage ist der Antrag auf Abänderung mit großer Mehrheit abgewiesen, und damit wird der Kampf, von vereinzelten Stimmen, die noch laut werden, abgesehen, als erledigt zu betrachten sein, ein im Interesse der Erhaltung nationalen Rechtes — um solches handelt es sich bei der Vorschrift[2]) — wünschenswertes Ergebnis.

---

2. Anwendungsart der Form.

Das B. G. B. bezeichnet die Form, die § 313 vorschreibt, als gerichtliche oder notarielle Beurkundung; damit überläßt es also dem einzelnen die Wahl, die Beurkundung gerichtlich oder notariell vornehmen zu lassen.

An Stelle des Gerichts oder Notars können allerdings nach Reichsrecht noch andere Beamte treten, so nach R. G. F. G. § 184 die Geschwaderauditeure in Ansehung der Besatzung auf Schiffen außerhalb eines inländischen Hafens, ferner die Reichskonsuln auf Grund des Konsulatsgesetzes vom 8. November 1867, das gemäß Art. 32 E. G. B. G. B. in Geltung bleibt.

Weiter wird den Landesgesetzen durch Art. 141 E. G. B. G. B. vorbehalten, den Gerichten oder den Notaren eine ausschließliche Zuständigkeit zuzuweisen. Art. 142 E. G. B. G. B. geht noch darüber hinaus, indem er die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht erhält, die für die Beurkundung eines Vertrages gemäß § 313 B. G. B. auch andere Beamte und Behörden ermächtigen. Infolgedessen

---

[1]) Dennler i. Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, 1906, S. 670.
[2]) Weißler i. Zeitschr. d. dtsch. Notarvereins, 1903, S. 101.

haben die meisten Staaten eine vom B. G. B. abweichende Regelung eintreten lassen, bald aus Gründen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit, bald aus anderen Gründen.

So sind teils neben den Gerichten und Notaren noch andere Stellen für zuständig erklärt, z. B. in Preußen, Württemberg, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Oldenburg; teils sind die Gerichte ausgeschlossen, so in Bayern, Baden, Hamburg. Lippe hat allein das Gericht und Bremen ausschließlich die Notare für zuständig erklärt.

Wie die gerichtliche oder notarielle Beurkundung zu erfolgen hat, wird nicht durch das B. G. B., sondern durch das R. G. F. G. geregelt.[1])

Sie besteht im allgemeinen darin, daß die Erklärungen der Parteien protokolliert werden. Darauf wird das Protokoll in Gegenwart der Urkundsperson vorgelesen. Die Parteien genehmigen und unterschreiben und schließlich unterschreibt die Urkundsperson ihrerseits. Im einzelnen sind dann noch weitere Bestimmungen getroffen für den Fall, daß eine Partei nicht schreiben kann oder die deutsche Sprache nicht versteht oder taub oder blind ist. In diesen Fällen werden Hülfspersonen hinzugezogen, die das Protokoll ebenfalls zu unterschreiben haben.

Die Beurkundung, deren Fehlen an sich Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 125 B. G. B. zur Folge haben würde, muß sich auf alle Punkte des Vertrages erstrecken. Wenn auch der Vertrag, möglicherweise auch seinem Hauptinhalte nach, auf etwas anderes hinzielt, z. B. beim Gesellschaftsvertrage, so unterliegen doch dem Formzwange nicht nur die einzelnen Teile des auf Übertragung von Grundstückseigentum gerichteten Geschäftes, sondern alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien der obligatorische Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll. Das gilt aber nur insoweit, als die übrigen Vertragsbestimmungen wirklich mit dem Veräußerungsgeschäft in innerem Zusammhang stehen;[2]) es ist lediglich der Vertrag gemeint, der in irgend einer Form die Ver-

---

[1]) R. G. F. G. §§ 167—184

[2]) Dernburg II_1, S. 192; Seuffert Bd. 58, S. 3; vergl. R. G. E. Bd. 64, S. 40; Kuhlenbeck S. 258, Anm. 1.

äußerung vereinbart. So würde z. B. die Zusage von Mäklerlohn der Form nicht bedürfen; denn es handelt sich dabei um eine Verpflichtung außerhalb des Kaufvertrages, die nicht im Vertrage wurzelt. Eine Berufung darauf, daß im Hauptvertrage Ausschluß aller mündlichen Nebenabreden ausgemacht ist, wäre gänzlich unangebracht.[1])

Für den Fall, daß das Rechtsgeschäft, das die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums enthält, nicht beurkundet ist und einen Teil eines umfassenderen Vertrages bildet, entscheidet die Frage nach der Gültigkeit des Ganzen § 139 B. G. B.

Werden die Verfahrensvorschriften für die Beurkundung in der geringfügigsten Weise auch nur für einen Teil des Vertrages verletzt, so würde das die gänzliche Nichtigkeit des Vertrages herbeiführen. So ist z. B. ein Kaufvertrag, der mehrere Grundstücksparzellen betrifft, ungültig, wenn beim Vorlesen die Nummer einer Parzelle zufällig übersehen wird, obgleich sie im Protokoll steht. Denn das Vorlesen des ganzen Vertrages wird vom Gesetze verlangt. Er ist demnach nicht gerichtlich oder notariell beurkundet, was Nichtigkeit zur Folge hat.[2])

Ebenso ist ein Vertrag auch dann nichtig, wenn die Parteien vor Gericht oder Notar sich mit dem vorgelegten und dem Protokoll als Anlage beigefügten Vertrage einverstanden erklären, ohne daß dieser bei Aufnahme des Protokolls noch einmal verlesen wird.[3])

---

[1]) O. L. G. Dresden in Rechtspr. Bd. 14, S. 28.

[2]) Cosack I, S. 195; R. G. E. Bd. 61, S. 95.

[3]) R. G. E., Bd. 61, S. 145. Unter gänzlicher Verkennung der Sachlage hat einmal das Landgericht Schneidemühl (Jur. Mon.-Schrift 1900, S. 103) die Entscheidung gefällt, daß die Vorlegung des privatschriftlichen Kaufvertrages beim Grundbuchamte ausreiche, ein Recht auf Auflassung zu begründen. Es wurde dabei übersehen, daß es sich um den obligatorischen Vertrag handelt, für dessen Form einzig und allein § 313 B. G. B. maßgebend ist. Da die gerichtliche oder notarielle Beurkundung nicht erfolgt war, so war dieser Vertrag nichtig, ganz abgesehen davon, daß für die dingliche Einigung beim Grundstückseigentum statt des § 873 Abs. II B. G. B., auf den sich die Entscheidung stützt, § 925 B. G. B. anzuwenden ist. Vergl. Samulon in Jur. Mon.-Schr. 1900, S. 192; Fuchs, S. 61; Consbruch i. Dtsch. Jur.-Ztg. 1901, S. 431.

Ist die Beurkundung formell richtig erfolgt, so sind die Folgen für den Fall, daß sie nur bezüglich eines Teiles des Vertrages vorgenommen ist, verschieden, je nachdem, ob es sich um ein essentiale handelt oder nicht. Fehlt nämlich ein essentiale in dem Vertragsinstrument und erstreckt sich daher die Beurkundung nur auf die vorhandenen essentialia, so ermangelt der Vertrag als solcher der vorgeschriebenen Form, weil das eine essentiale, da nicht im Vertrage vorhanden, nicht beurkundet ist. Das betrifft aber nicht nur die gesetzlichen essentialia, sondern auch die subjektiv wesentlichen Bestimmungen, das heißt Punkte, ohne deren Regelung eine Partei den Vertrag nicht geschlossen haben würde,[1]) z. B. Versprechen oder Zusicherungen hinsichtlich des Vertragsgrundstückes oder für den Fall, daß zwei von einander abhängige Kaufverträge geschlossen sind, beide zusammen also in Wirklichkeit auf einen Tausch hinzielen, die Bestimmung, daß die eine Übereignung nur zu erfolgen hat, wenn auch die andere stattfindet.

Angenommen ist natürlich bei dieser Darlegung, daß das essentiale zwar erwähnt, aber nicht in dem zur Beurkundung vorgelegten Vertrage enthalten ist. Sonst würde ja die Nichtigkeit schon ohnehin eintreten und das Geschäft später wenigstens nicht als ein solches der beabsichtigten Art für eine etwaige Heilung in Betracht kommen.

Handelt es sich um ein naturale, das die Parteien besonders regeln wollten, so bleibt diese Bestimmung ohne Einfluß auf den Vertrag, wenn sich die Beurkundung nicht hierauf erstreckt: der Vertrag behält seine Gültigkeit, das accidentale gilt als nicht vereinbart, vielmehr bleiben die naturalia in Kraft.

Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn ein Punkt unrichtig, das heißt anders als gewollt, in dem Vertrage dargestellt ist. Hierher gehören die Fälle der Mentalreservation, des Scheingeschäftes, der nicht ernstlich ge-

---

[1]) Schollmeyer S. 166; Oertmann S. 139; Turnau-Förster I, S. 343; Meisner S. 42; vergl. R. G. E., Bd. 52, S. 1; Reichs-Ger.-Entsch. v. 7. I. 1905 im »Recht« 1905, S. 77; O. L. G. Cassel v. 4. I. 06 in Rechtspr., Bd. XIII, S. 397; vergl. Planck II, S. 127.

meinten Willenserklärung, des Irrtums, der Drohung und der arglistigen Täuschung, das heißt die Fälle, die den Bestimmungen der §§ 116—124 B. G. B. unterliegen. Bei ihnen wird die Beantwortung der Frage nach der Wirksamkeit nicht davon abhängen, ob der Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet ist oder nicht; ob die Abweichung von Wille und Erklärung nicht beachtet wird oder ob sie Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit bewirkt, das wird schon und zwar ausschließlich durch die Vorschriften geregelt, die das Gesetz in den angezogenen Paragraphen gibt. Wir kämen sonst zu dem Ergebnis, daß die gerichtliche oder notarielle Beurkundung unter Umständen ein nichtiges oder anfechtbares Geschäft zu einem gültigen machen oder ein gültiges vernichten könnte.

Nicht erforderlich für einen Vertrag des § 313 ist die in § 925 B. G. B. verlangte qualifizierte Form der gerichtlichen Beurkundung, das heißt es brauchen nicht beide Parteien bei Abgabe der Erklärungen gleichzeitig anwesend zu sein. Ja, es können sogar die Parteien Antrag und Annahme nicht nur zu verschiedenen Zeiten, sondern auch bei verschiedenen Gerichten und Notaren beurkunden lassen. Der Abschluß des Vertrages kommt dann durch Beurkundung der Annahme zustande,[1]) nicht etwa, wie Matthias meint,[2]) durch Austausch der beurkundeten Erklärungen. Durchaus erforderlich ist aber, daß auch schon beim Antrage die vorgeschriebene Form beobachtet wird. § 145 B. G. B., der die in den darauf folgenden Paragraphen näher geregelte Bindung des Antragstellers an seinen Antrag bei Abgabe desselben bestimmt, ändert hieran nichts. Andernfalls würde einer Umgehung der Formvorschrift eine bequeme Handhabe geboten werden.

War eine formgerechte Offerte erfolgt und hatten dann die Parteien eine Änderung des Vertrages formlos vereinbart, so ist diese Änderung ohne Wirkung auf ihn, wenn der formgerechte Antrag, der etwa bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses hinausgeschoben worden ist, später unter Beobachtung der Form vorgenommen wird.[3])

[1]) Kohler I, S. 531.
[2]) Matthias I, S. 202.
[3]) R. G. E. Bd. 65, S. 390.

II.
Anwendungsgebiet der Formvorschrift.

1. Rechtliche Natur der dem Formzwang des B. G. B. § 313 unterliegenden Rechtsgeschäfte.

»*Vertrag.*«

§ 313 spricht von einem Vertrage.

Unter Vertrag, das soll gleich vorweg bemerkt werden, ist hier allerdings nur der außerprozessuale Vertrag zu verstehen. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte innerhalb eines Prozesses.[1]) Diese unterliegen hinsichtlich ihrer Form lediglich den Vorschriften der Z. P. O. Hierdurch wird bei ihnen eine doppelte Beurkundung vermieden, die beschwerlich und recht zwecklos wäre. Das Fehlen der Notwendigkeit, den in einer rechtshängigen Sache im Sinne von § 313 geschlossenen Vergleich zu beurkunden, ist bestreitbar, muß aber dennoch angenommen werden, da der Prozeßvergleich einen vollstreckbaren Titel bildet.

Der Wortlaut des Gesetzes bringt jedenfalls klar zum Ausdruck, daß sich der Formzwang nicht auf andere als vertragliche Verpflichtungen zur Übereignung von Grundstücken bezieht. Eine entsprechende Anwendung ist wegen des Charakters des Paragraphen als Ausnahmevorschrift

[1]) Vergl. Rechtsprechung Bd. II, S. 213 (Stuttgart); Bd. II, S. 51 (Hamburg); Dernburg II_1, S. 191, Anm. 11; Staudinger IIa, S. 135, Anm. 3d; Oberneck I, S. 386; Kretzschmar im »Recht« 1903, S. 357.

ausgeschlossen. Steht also seine Anwendbarkeit in Frage, so ist zuerst zu prüfen, ob das jeweilige Rechtsgeschäft die wesentlichen Momente des Vertrages, übereinstimmende Willenserklärung von zwei oder mehreren Personen, aufweist. Beruht demnach die Verpflichtung nur auf dem Willen einer Person, wie es bei den einseitigen Rechtsgeschäften der Fall ist, so greift die Formvorschrift nicht Platz. Das ist der Fall bei der Stiftung, bei der Auslobung und bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber, Fälle, die, soweit sie die Auslobung und noch mehr die Schuldverschreibung auf den Inhaber anbetreffen, für unseren Fall wohl kaum mehr als theoretischen Wert haben. Für sie kommen allein die §§ 80, 81 Abs. I, ferner § 657 und schließlich §§ 793, 795 B. G. B. in Betracht.

Vom Formzwang befreit sind auch die durch Erbgang entstandenen, obligatorischen Pflichten, Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Es kommen hierbei in Frage die durch Auferlegung eines Vermächtnisses entstandenen Verpflichtungen der Erben gegenüber den Vermächtnisnehmern. Für sie gelten ausschließlich die Vorschriften des Erbrechts. Es geht das auch schon aus § 1939 hervor, der die Errichtung von Vermächtnissen in letztwilligen Verfügungen vorschreibt und daher für ihre Form die der letztwilligen Verfügungen für maßgeblich erklärt.[1])

Es kommt vor, daß einseitige Rechtsgeschäfte mit Bezug auf Verträge vorgenommen werden und auf deren Bestand einen Einfluß haben. So ist zum Beispiel die Zustimmung zu einem Vertrage manchmal erforderlich, um ihm Wirksamkeit zu verschaffen. Da nur Verträge durch die Formvorschrift des § 313 berührt werden, so ist die Frage, ob auch die Zustimmung beurkundet werden muß, wenn sie sich auf einen Vertrag der in § 313 bezeichneten Art bezieht, zu verneinen, mag es sich um eine Einwilligung oder eine Genehmigung handeln.[2]) Außerdem schreibt § 182 Abs. II B. G. B. ausdrücklich vor, daß die Zustimmung nicht der für das Hauptgeschäft vorgeschriebenen Form bedarf.

---

[1]) Gutbrod S. 41.

[2]) Turnau-Förster I, S. 342; Oberneck I, S. 383.

Ebenso einfach ist die Entscheidung hinsichtlich des Rücktritts. Selbstverständlich kommt hier nur der Fall in Frage, daß das Vertragsgrundstück im Augenblick der Rücktrittserklärung wirklich schon aufgelassen ist. Hier schreibt einerseits § 349 B. G. B. formlose Erklärung für die Ausübung des Rücktrittsrechts vor und andrerseits handelt es sich wieder nicht um einen Vertrag, weder beim vertraglichen noch beim gesetzlichen[1]) Rücktrittsrecht. Allerdings ist bei ersterem zu bemerken, daß die Vereinbarung der Rücktrittsbefugnis als wesentlicher Bestandteil, wie oben dargetan, formbedürftig ist, während die Rücktrittserklärung weder selbständiger Vertrag noch Teil eines solchen ist, sondern lediglich ein einseitiges Rechtsgeschäft, das nur seine Wirksamkeit aus einem Vertrage herleitet.

Ein besonders gestaltetes Rücktrittsrecht ist der Wandelungsanspruch, das heißt das Recht, beim Vorliegen von gewissen Mängeln des Kaufobjektes[2]) zu einer bestimmten Zeit Rückgängigmachung des Kaufes, d. h. wenn der Kaufvertrag schon erfüllt ist, Rückgewährung des Kaufpreises gegen Herausgabe des Kaufobjektes verlangen zu können.[3]) Auch hier liegt selbstverständlich kein Vertrag vor. Es handelt sich vielmehr um eine gesetzliche Befugnis, die auch gegen den Willen des Verkäufers dem Käufer einseitig zusteht. Macht der Käufer von seinem Recht Gebrauch, dann wird

---

[1]) B. G. B. § 280 Abs. II, § 325, § 326.

[2]) § 459, § 462 B. G. B.

[3]) So Enneccerus-Lehmann I, S. 605; Kohler (»Die Annahme, der Kläger habe nur den Anspruch auf Abschließung eines Wandelungsvertrages, ist eine unpraktische Sonderbarkeit« Bd. II_1, S. 239, Anmerkung 2); Eccius bei Gruchot Bd. 43, S. 305 ff.; Eck-Leonhard Bd. I. S. 451; Matthias in Dtsch. Jur.-Ztg. 1902, Seite 205 ff.; Haymann bei Gruchot Bd. 46, S. 509 ff.; gegenüber dieser Ansicht, die auf dem Boden einer leichteren Verwendbarkeit uud des Entgegenkommens gegenüber praktischen Bedürfnissen fußt, allerdings gewichtige Stimmen, wie Planck II, S. 366 ff.; Oertmann S. 372; Crome II, S. 460, Anm. 9; Staudinger II b, S. 94, Anm. III 1 c; Endemann I_2, S. 993 ff.; Flechtheim bei Gruchot Bd. 44, S. 65 ff. Die von letzteren vertretene Theorie, die sogenannte Vertragstheorie, erklärt das Wandelungsrecht als den Anspruch auf Eingehung eines Vertrages, der die Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen Leistung zum Inhalt hat, natürlich uur dann, wenn überhaupt schon Leistungen erfolgt sind, der Fall, der im Rahmen der obigen Darlegung allein interessiert.

der frühere Zustand wiederhergestellt, entweder dadurch, daß der Verkäufer freiwillig dem Anspruche nachkommt oder daß er sich durch Urteil zur Zahlung des Kaufpreises und Zurücknahme des Grundstückes zwingen läßt.

Selbst wenn man die Vertragstheorie in Bezug auf die Wandelung für die richtige hält, muß man zu dem Ergebnis der Formfreiheit für die Wandelung kommen.[1]) Allerdings wird dann wirklich ein Vertrag geschlossen, aber Zweck der Vorschrift des § 313 ist es doch, übereilte Grundstücksveräußerungen zu verhindern und einen Überlegungszwang auszuüben. Das fällt nun vollständig fort, da von einer Übervorteilung seitens des Verkäufers keine Rede sein kann. Denn erstens hat der Verkäufer durchaus nicht die Absicht, das Grundstück zurückzunehmen, er tut es vielmehr nur gezwungen durch den Käufer, der von seinem Rechte Gebrauch macht. Zweitens ist das Endergebnis der vollzogenen Wandelung die Wiederherstellung des früheren Zustandes: die beiderseitigen Vermögen haben das Aussehen, als ob überhaupt kein Kauf stattgefunden hätte.

Endlich wäre es auch, wie Oertmann ausführt,[2]) ein Widersinn, wenn das Gesetz einen Erfolg, den es für erzwingbar erklärt, erschweren wollte.

»*verpflichtet.*«

Der Vertrag, den die Formvorschrift des § 313 trifft, wird dadurch charakterisiert, daß jemand durch ihn die Verpflichtung auf sich nimmt, Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen. Daraus muß die Folge gezogen werden, die auch ganz zweifelsfrei und unbestritten ist, daß sich die Vorschrift nur auf obligatorische Verträge bezieht.[3])

---

[1]) Oertmann S. 139; Neumann I, S. 259; dagegen Eccius bei Gruchot Bd. 43, S. 327, allerdings wohl mit Unrecht: Das Formerfordernis sei vorhanden, wenn die Parteien, allerdings im Einklang mit dem Gesetz, jedoch freiwillig einen Wandelungsvertrag, d. h. einen wirklichen Vertrag schlössen, ganz abgesehen von dem Streit über die rechtliche Natur der Wandelung.

[2]) Oertmann S. 139.

[3]) Unter anderen Planck II, S. 125; Oertmann S. 137.

Außerdem Wortlaut spricht auch für den obligatorischen Charakter des Vertrages der Umstand, daß die Bestimmung, die das Formerfordernis für ihn feststellt, im Recht der Schuldverhältnisse seinen Platz gefunden hat.

Es handelt sich lediglich um einen Vertrag, durch den jemand sich verpflichtet, in dem darauf folgenden dinglichen Vertrage, der die Eigentumsverschiebung bewirkt, gemäß § 873 und § 925 B. G. B. mitzuwirken. Das erstere ist nur die Bindung zu einem Handeln, das zweite ist das Handeln selbst, die Erfüllung des Vertrages.

Das B. G. B. hält grundsätzlich obligatorischen und dinglichen Vertrag auseinander, wenn auch beide oft durch dieselbe Handlung zum Ausdruck kommen.

Die scharfe Sonderung von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft bei der Eigentumsübertragung hinsichtlich der Grundstücke bringt gerade das Prinzip der Scheidung von obligatorischem und dinglichem Vertrage zur Erscheinung.

»*Eigentum.*«

Der obligatorische Vertrag des § 313 soll die Übertragung von Eigentum zum Inhalt haben.

Demnach kommt einerseits die Übertragung von Besitz nicht in Frage, andererseits sind auch nicht andere dingliche Rechte mit einbegriffen. Auf diese die Vorschrift entsprechend auszudehnen, verbietet der schon einmal hervorgehobene Ausnahmecharakter der Vorschrift.

Eine Ausnahme muß allerdings hinsichtlich des Erbbaurechtes gemacht werden.[1])

§ 1017 bestimmt in seinem ersten Absatze, daß die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften auch für das Erbbaurecht gelten sollen. Nach dem zweiten Absatz sollen »die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung« finden.

Daß diese Bestimmungen auf bereits bestehende Erbbaurechte anzuwenden sind, ist ziemlich unbestritten. Da-

[1]) Dernburg II_1, S. 192; Schollmeyer S. 166; Oertmann S. 137; Kuhlenbeck S. 258, Anm. 4; Crome II, S. 163; Turnau-Förster I, S. 444/445 und 352; Oberneck S. 503.

gegen wird die Frage, ob sich der § 313 auch auf ein zu begründendes Erbbaurecht bezieht, von manchen verneint.[1]) Allerdings spricht der § 313 nur von Übertragung von Eigentum, d. h. also eines Rechtes, das schon besteht; wenn man außerdem auch wirklich annimmt, daß § 1017 B. G. B. ein bestehendes Erbbaurecht voraussetzt, zumal die Begründung in § 1015 besonders geregelt ist, so ist damit immer noch nicht erwiesen, daß ein Vertrag, der die Verpflichtung zur Begründung eines Erbbaurechts zum Inhalt hat, dem Formzwange nicht unterliegt. Es ist nicht einmal die Beschwichtigung von Turnau-Förster nötig,[2]) daß für den auf Bestellung gerichteten Vertrag keine geringere Form für ausreichend erachtet werden könne als für den auf Übertragung gerichteten. Denn in dinglicher Hinsicht ist die Begründung, wie aus § 1015 hervorgeht, tatsächlich der Übertragung des Erbbaurechtes gleichgestellt. Andererseits spricht nichts dafür, daß von der Vorschrift des § 1017 I die obligatorischen Verträge ausgenommen seien. Somit ist die Annahme wohl gerechtfertigt, daß auch der Vertrag, inhaltlich dessen die Verpflichtung zur Übertragung eines zu begründenden Erbbaurechtes übernommen wird, dem Formzwang des § 313 unterliegt, eine Ansicht, die auch durch die Protokolle der Beratungen der zweiten Kommission unterstützt wird.[3])

Demselben § 1017 B. G. B. sind kraft Art. 63 und 68 E. G. B. G. B. noch einige andere Rechte unterstellt, die im übrigen landesgesetzlichen Bestimmungen unterliegen. Diese sind das Erbpachtrecht, mit Einschluß des Büdnerrechtes und des Häuslerrechtes, sowie des vererblichen und veräußerlichen Rechtes zur Gewinnung eines den bergbaulichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals. Auch auf sie muß demgemäß die Formvorschrift des § 313 Anwendung finden.[4])

---

[1]) Planck II, S. 126; Goldmann-Lilienthal I, S. 363 mit der Begründung, daß zwar die Vorschriften über Erwerb von Grundstückseigentum auf den Erwerb von Erbbaurechten Anwendung fänden, daß aber § 313 gar keine derartige Vorschrift sei.

[2]) Turnau-Förster I, S. 445.

[3]) Protokolle I, S. 464.

[4]) Fuchs S. 12; Turnau-Förster I, S. 446.

Endlich sind noch zu erwähnen die Rechte, die Art. 196 E. G. B. G. B. bezüglich ihres Erwerbes den Vorschriften des B. G. B. über den Erwerb von Grundstückseigentum gemäß den Landesgesetzen unterstellt. Das sind die an Grundstücken bestehenden, vererblichen und übertragbaren Nutzungsrechte.[1]) Sie werden ebenfalls durch die Vorschrift des § 313 betroffen.

»*Grundstück.*«

Nach § 313 müssen es Grundstücke sein, um deren Eigentum es sich bei dem Veräußerungsvertrage handelt. Was darunter zu verstehen ist, wird kaum einem Zweifel unterliegen. Ungewißheit aber könnte die Frage hervorrufen, wie in dem Fall zu entscheiden sei, daß jemand Früchte auf dem Halm oder ein Haus auf Abbruch verkauft. Hier liegt ein Formzwang nicht vor.[2]) Es handelt sich hier allerdings, solange keine Trennung erfolgt ist, gemäß § 94 B. G. B. um wesentliche Bestandteile des Grundstücks. An ihnen kann aber während dieser Zeit kein gesondertes Eigentum bestehen (§ 93 B. G. B.). Durch den in Frage stehenden Vertrag soll jedoch auch gar nicht die unmögliche Eigentumsveränderung während des Verbundenseins erstrebt werden, sondern es wird lediglich das Recht eingeräumt, die Bestandteile nach erfolgter Trennung sich zuzueignen.

»*übertragen.*«

Das letzte Wesenserfordernis für die Art der Rechtsgeschäfte des § 313 besteht darin, daß die übernommene Verpflichtung ein Übertragen von Eigentum zum Inhalt hat.

Daraus folgt, daß nicht solche Verträge gemeint sind, durch die sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück sich übertragen zu lassen,[3]) also Verträge, die allein das Recht einräumen, ein Grundstück bei Eintreten gewisser Bedingungen an einen bestimmten anderen zu

---

[1]) Vergl. hierzu Art. 40 des preuß. A. G. B. G. B.

[2]) Neumann I, S. 259.

[3]) Neumann I, S. 258: pactum de emendo ist formfrei; Obernecck I, S. 384; dagegen R. G. E. Bd. 53, S. 260: die formlose Verpflichtung, ein Angebot nicht abzulehnen, ist »hinfällig und rechtsunverbindlich«.

verkaufen, Fälle, die praktisch leicht vorkommen dürften, als vertragliche Analoga zu den gesetzlichen, insbesondere bergrechtlichen Verpflichtungen, Grundstücke unter bestimmten Umständen anzukaufen. Hier ist etwa an den Fall zu denken, daß A. auf seinem Grundstück Anlagen errichten will, die auf das benachbarte Grundstück des B., des früheren Eigentümers auch der A.'schen Parzelle, unangenehm oder gar schädlich einwirken können, und daß er gelegentlich des Kaufvertrages sich verpflichtet hat, auf Verlangen des B. bei Eintritt der störenden Einwirkungen dessen jetziges Grundstück noch nachzukaufen. Solch ein Vertrag würde der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht bedürfen, weil es, wie schon gesagt, dem Wortlaut und auch der Absicht des Gesetzes nicht entspricht.

Ebenso ist ein Vertrag zu beurteilen, durch den jemand die Verpflichtung übernimmt, das Eigentum an einem Grundstück nicht zu übertragen. Eine derartige Vereinbarung würde ja gerade das Ziel erreichen, das die Vorschrift des § 313 erstrebt. Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz solchem Vertrage durch Auferlegung des Formzwanges hindernd in den Weg tritt, abgesehen davon, daß sich die vertretene Auffassung auch hier schon aus dem Wortlaut des Gesetzes allein ergeben würde.[1])

Unberührt von der Vorschrift des § 313 bleibt endlich auch der in der Praxis wohl kaum vorkommende Fall, der die Verpflichtung einer Eigentumsaufgabe gemäß § 928 B. G. B. enthält.[2]) Denn § 313 spricht nur von »übertragen«, nicht von »aufgeben«. Es ist also durchaus erforderlich, daß sich der Eigentümer des Grundstücks nicht nur entäußern, sondern es auch einem andern zueignen will.

Allerdings braucht das nicht derjenige zu sein, dem gegenüber er die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums übernimmt. Diese Einschränkung ist aus dem Gesetz

---

[1]) Vergl. Entscheid. des Reichsgerichts vom 19. 11. 04 i. »Recht« 1905, S. 133.

[2]) Crome II, S. 163; Kuhlenbeck S. 258, Anm. 3.

nicht zu entnehmen. Vielmehr kann nächstfolgender Eigentümer jeder beliebige Dritte werden.[1])

Gleichgültig ist es, ob der Dritte schon bestimmt ist, oder ob er erst bestimmt werden soll; gleichgültig ist es auch, ob der Dritte das Recht gleich erwirbt, oder ob es erst unter bestimmten Voraussetzungen zur Entstehung gelangen soll. Es handelt sich in allen Fällen um eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung und deshalb ist die dafür vorgeschriebene Beurkundung erforderlich.

---

2. Arten der von § 313 berührten Rechtsgeschäfte.

Vorvertrag.

Ehe zwei Parteien einen Vertrag der im Vorhergehenden festgestellten Art schließen, können sie einen Vorvertrag eingehen. Daher mag zunächst die Frage entschieden werden, ob der Formzwang auch den Vorvertrag trifft, das heißt einen Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, in einem späteren Vertrage die Verpflichtung zur Übertragung von Grundstückseigentum zu übernehmen.

In der Wissenschaft wie in der Judikatur wird der Formzwang in diesem Falle anerkannt[2]), und mit Recht.

Um im allgemeinen festzustellen, ob der Vorvertrag zu einem formellen Rechtsgeschäft den Formvorschriften für dieses unterliegt, müssen wir von dem Sinn ausgehen, den die jeweilige Form für das Hauptgeschäft hat. Das kann entweder der sein, daß eine bestimmte Form erfordert wird, um gewisse rechtliche Wirkungen zu erzielen, daß aber nicht die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts von ihr abhängig ist, sondern sie nur dem Rechtsgeschäft eine bestimmte, gewollte Eigenart verleiht, wie es zum Beispiel beim Wechsel der Fall ist. Die Verträge an sich bleiben dann auch ohne die Form wirksam, allerdings als solche von anderer Art.

---

[1]) Planck II, S. 126; Oertmann, S. 137; Turnau-Förster II, S. 338; Gutbrod, S. 34.

[2]) Unter anderen Oertmann S. 138; Oberneck I, S. 383; Schollmeyer S. 170; Matthias I, S. 204; vergl. Danz im »Recht« 1907, S. 17.

Andererseits kann die Form Gültigkeitserfordernis sein. Es ist dann das Rechtsgeschäft, das ohne die Form vorgenommen wird, null und nichtig. Als ein derartiger Vertrag stellt sich der gemäß § 313 abgeschlossene dar, wie auch aus dem Zweck der Einführung, unbedachten Grundstücksveräußerungen einen Riegel vorzuschieben, hervorgeht. In diesem Fall unterliegt auch der Vorvertrag dem Formzwang, da durch ihn eine Bindung zum Abschluß des formellen Verpflichtungsvertrages herbeigeführt wird und eine Umgehung des Gesetzes sonst spielend einfach wäre.

Natürlich entbindet die Beurkundung des Vorvertrages nicht von der Wiederholung der Form beim Hauptvertrage.

Abtretung des Schuldversprechens.

Ist ein Vertrag der in § 313 gedachten Art zustande gekommen, so kann vertragsmäßig ein Wechsel in den Personen der Vertragschließenden vorgenommen werden, und zwar zunächst derart, daß der Gläubiger sein Recht, die Übereignung zu verlangen, auf einen Dritten überträgt.

Muß ein solcher Vertrag von neuem gerichtlich oder notariell beurkundet werden? Sieht man auf den Zweck, der die Einführung des § 313 veranlaßte, so scheint eine Bejahung der Frage das Richtige zu treffen: die Möglichkeit, Grundstücke schnell und leicht aus einer Hand in die andere gehen zu lassen, soll erschwert werden. Beim jeweiligen Wechsel soll auch schon in obligatorischer Hinsicht durch Beobachtung strenger Formen ein Überlegungszwang ausgeübt werden. Das hat auch besonders S c h e r e r veranlaßt, bei der Abtretung von Forderungen die Formvorschrift des § 313 für anwendbar zu erklären.[1])

Es kann fraglos zugegeben werden, daß der Zedent denselben Schutz verdient, wie ihn der Zessus beim Abschluß seines Vertrages hatte. In dieser Beziehung besteht zwischen beiden kein Unterschied. Ob er ihm aber in Wirklichkeit auch zu Teil werden soll, das kann nur das Gesetz bestimmen, und das tut es in diesem Fall durchaus nicht. Der klare Wortlaut von § 313 läßt eine solche Deutung nicht zu. Es fehlt der Abtretung als Vertrags-

[1]) Scherer, das erste Jahr des B. G. B., S. 79.

inhalt die vom § 313 erforderte Verpflichtung, Grundstückseigentum zu übertragen. Es ist allerdings in dem Vertrage von einer Verpflichtung zu Grundstücksübereignung die Rede. Allein diese Verpflichtung wird nicht durch den Abtretungsvertrag begründet und das ist wesentlich für die Entscheidung der Formfrage. Der Abtretende gibt lediglich ein Recht weiter. In diesem Sinne ist auch Dernburg,[1]) der von Tochtermann[2]) zu Unrecht bekämpft wird, beizustimmen, wenn er den Formzwang mit der Begründung verneint, daß der Zessionar vom Zedenten nur ein Recht, kein Grundstück erwerbe. Tochtermann wendet ein, daß weder der ursprüngliche Gläubiger durch den obligatorischen Vertrag, noch der neue infolge der Zession ein Grundstück erhalte, sondern beide bekämen nur ein Recht: Den Anspruch auf Abschluß des dinglichen Vertrages. Nun, Dernburg hat mit seinen kurzen Worten offenbar folgendes gemeint: Der Zessus ist Eigentümer des Grundstücks; er allein kann darüber verfügen. Wenn er sich also dem Zedenten zur Übereignung verpflichtet, so ist er auch jederzeit in der Lage, das Grundstückseigentum zu übertragen. Der Zedent dagegen kann über das Grundstück zur Zeit der Zession noch nicht verfügen; das, was er auf den Zessionar übertragen kann, ist lediglich ein Recht. Dieses Recht besteht allerdings darin, daß der Inhaber die Übereignung des Grundstücks verlangen kann, stellt sich aber als ein Anspruch nicht gegenüber dem Zedenten, sondern im Verhältnis zum Zessus dar.

Ebenso, wie nach dem Wortlaut des § 313 der Formzwang für die Abtretung in Abrede gestellt werden muß, kann er auch rechtspolitisch, wie es Scherer versucht hat, nicht begründet werden.[3]) Der höhere Zweck der Einführung des § 313 war die Unterstützung und Förderung der als Grundlage für den Staatsbestand wichtigen Seßhaftigkeit der Bevölkerung. Von diesem Gesichtspunkte aus ist es, wenn einmal eine Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung gültig entstanden ist, völlig gleichgültig, ob

---

[1]) Dernburg II, S. 192.
[2]) Tochtermann S 11.
[3]) Vergl. Oertmann S. 139, Anm. 2d γ.

in obligatorischer Beziehung vor der Auflassung ein Personenwechsel eintritt oder nicht. Der Schutzzweck, der immer nur den einzelnen angeht, kommt dann erst in zweiter Linie in Betracht.

Aus diesen Gründen ist die Verneinung der Formfrage allein angemessen und richtig. In gleicher Weise äußert sich auch die herrschende Meinung.[1])

Schuldübernahme.

Der Personenwechsel bei einem obligatorischen Verhältnis, das auf Übertragung von Grundeigentum hinzielt, kann auch derartig sein, daß an Stelle des alten Schuldners ein anderer tritt. Auch in diesem Fall, bei der Schuldübernahme, kann aus ähnlichen Gründen, wie oben dargelegt, eine Anwendung des § 313 nicht Platz greifen: Es handelt sich ebenfalls nur um eine und dieselbe Verpflichtung im Verpflichtungs- und im Schuldübernahmevertrag, also wieder lediglich ein Personenwechsel unter Festhalten der Identität der Forderung[2]).

Abänderung des Vertrages.

Findet § 313 Anwendung, wenn eine Änderung nicht in den Parteien, sondern am Inhalt des formgerecht geschlossenen Vertrages durch Vertrag vorgenommen wird? Eine unbedingte Bejahung scheint das Richtige zu sein. Denn die gesetzgeberischen Absichten sind genau dieselben, soweit sie die erstmalige Vereinbarung betreffen, als bei der Abänderung, die ja doch eine Neuübernahme von Verpflichtungen bedeutet: bei beiden soll der Überlegungszwang ausgeübt werden. Sonst könnte der Zweck des Gesetzes dadurch illusorisch gemacht werden, daß jemand, der den Grundeigentümer übervorteilen will, zunächst einen ungefährlichen Vertrag gemäß § 313 formgerecht schließt und die Gelegenheit ausnutzt, durch eine geschickte, auf Seiten des Eigentümers unüberlegte Vertragsänderung sein

[1]) Dernburg II, S. 192; Planck II, S. 127; Oertmann S. 139; Neumann I, S. 259; vor allen Dingen R. G. E., Bd. 53, S. 271. Ferner Staudinger IIa, S. 135 Anm. 3h; Landsberg in Dtsch. Jur.-Ztg. Jahrg. 6, S. 350.

[2]) Oberneck I, S. 385.

Ziel zu erreichen. In der Tat ist auch das Erfordernis der Form für den Abänderungsvertrag anzunehmen, allerdings nicht immer in seinem ganzen Umfange. Der Vertrag braucht ja an sich nur bezüglich aller subjektiv wesentlichen Punkte beurkundet zu werden. Deshalb muß die Formvorschrift auf eine Abänderung dieser wesentlichen Punkte beschränkt werden.[1])

Das Formerfordernis besteht natürlich nur bis zur Auflassung und Eintragung. Später vorgenommene Vertragsänderungen brauchen nicht mehr beurkundet zu werden, mit alleiniger Ausnahme des Falles, daß der Änderungsvertrag von neuem eine Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum enthält.

Aufhebung des Vertrages.

Wird ein gemäß § 313 geschlossener Vertrag durch Vertrag aufgehoben, so bezweckt damit der neue Vertrag genau das Gegenteil des alten. Unmöglich kann deshalb die Formvorschrift auch den neuen treffen; denn »er dient ja geradezu der Stabilität des Grundbesitzes, um deretwillen der Übereignungsvertrag erschwert wird,«[2]) zumal das römische Prinzip der Identität der Form bei Schließung und Aufhebung eines Vertrages und der Grundsatz des A. L. R., daß gerichtlich geschlossene Verträge auch gerichtlich aufgehoben werden müssen, für das B. G. B. durchaus nicht gelten.

Kauf und Tausch.

Der wichtigste obligatorische Vertrag, der eine Grundstücksveräußerung zum Gegenstande haben kann, ist der Kauf. Denn er ist das im Leben am meisten vorkommende Beispiel eines Vertrages, der zu einer Eigentumsveränderung verpflichtet, und auch vom B. G. B. im System an die Spitze gestellt. Beim Kaufvertrage wird deshalb die häufigste Anwendung des § 313 stattfinden.

Dasselbe gilt natürlich auch für den Tausch, und zwar in erhöhtem Maße, wenn beiderseitig Grundstücke

---

[1]) R. G. E. Bd. 52, S. 1; O. L. G. Königsberg in Rechtspr. Bd. 6, S. 40; O. L. G. Cassel b. Seuffert Bd. 61, S. 267; vergl. O. L. G. Braunschweig i. Rechtspr. Bd. 13, S. 429.

[2]) Oertmann S. 139.

Gegenstand des Tauschvertrages sind. Allerdings wird wohl gerade dann am meisten gegen die Form gefehlt werden, besonders wenn es sich um ländliche Grundstücke handelt. Es tritt z. B. der Fall ein, daß zwei Nachbarn ihre Grundstücke ausgleichen und abrunden wollen.[1]) Sie lassen dann beide einen beeideten Feldmesser kommen, der einen neuen Lageplan anfertigt. Dann schließen sie schriftlich einen Vertrag, in dem sie die Lage und Zugehörigkeit der Grundstücke nach Maßgabe des Lageplans als zu Recht bestehend anerkennen, ein Vertrag, der natürlich keinen bindet.

Anders liegen allerdings die Verhältnisse, wenn es sich nicht darum handelt, zur Grenzregulierung Grundstücke abzutreten, sondern nur die Grenze festzustellen.[2]) In diesem Falle wird kein Grundstückseigentum übertragen, sondern nur seine Richtigkeit festgestellt. Eine Anwendung der Form ist hier also zweifellos nicht am Platze.

Vorkauf.

Vielleicht am schwersten ist die Beantwortung der Frage, ob auch der Vorkauf, den ja das B. G. B. als eine »besondere Art des Kaufes« bezeichnet, von der Formvorschrift berührt wird.

Es handelt sich hier selbstverständlich um ein Vorkaufsrecht, das selbständig oder in einem formlosen oder einer weniger strengen Form unterworfenen Vertrage begründet wird. Andernfalls würde es ja schon mit dem gesamten Vertrage beurkundet werden.

Die Wissenschaft und fast die gesamte Judikatur stehen heute auf dem Standpunkt, die Formfrage beim Vorkauf bejahen zu müssen,[3]) jedoch m. E. wohl zu Unrecht.

[1]) Vergl. Hilse im »Recht« 1907, S. 692.

[2]) Entsch. d. K. G. v. 15. 3. 1906 b. Seuff., Bd. 61, S. 398.

[3]) Oertmann S. 138; Neumann II, S. 259; Planck II, S. 126; Crome II, S. 167; Staub II, S. 1225, Anm. 41; Goldmann-Lilienthal S. 363 Anm. 4; aus der Praxis: O. L. G. Jena in Senff, Bd. 56, S. 125; K. G. i. Rechtspr. Bd. 2, S. 74; O. L. G. Braunschweig i. »Recht« 1905 S. 591; R. G. E., Bd. 59, S. 133; dagegen R. G. E, Bd. 60, S. 225, eine Entscheidung, die besonders durch ein Urteil des Strafsenats des O. L. G. Hamburg in einer Stempelstrafsache bekämpft worden ist. Vergl. Dassel im »Recht« Jahrg. 1907, S. 754; Kuhlenbeck S. 258.

Die Versuche, die rechtliche Natur des Vorkaufsrechtes ebenso wie die des Wiederkaufes, die das Gesetz nicht erklärt, festzustellen, Versuche, die zu den verschiedensten Ergebnissen geführt haben, haben vielleicht zur Folge gehabt, daß man als Konsequenz des jeweilig erlangten Resultates die Formbedürftigkeit hat ziehen müssen. Hier soll, abgesehen von jeglichen Konstruktionsversuchen, allein Antwort auf die entscheidenden Fragen gesucht werden: Liegt ein Vertrag vor, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen? Handeln wir im Sinne des Gesetzes, seinem Zwecke entsprechend, wenn wir die vertragliche Einräumung des Vorkaufsrechtes der Vorschrift des § 313 unterstellen?

Das Gesetz stellt als Wesensmerkmal für einen die Beurkundung erfordernden Vertrag die Verpflichtung auf, Grundstückseigentum zu übertragen. Eine derartige Verpflichtung liegt aber beim Vorkauf durchaus nicht vor. Denn einerseits kann der Eigentümer beliebig durch Schenkung und Tausch sich des Eigentums entäußern, ohne daß der Vorkaufsvertrag dadurch berührt wird. Andrerseits kann er aber nicht einmal gezwungen werden, das Grundstück zu verkaufen, wie es doch § 313 ausdrücklich erfordert. Es ist ganz von dem Belieben des Verpflichteten abhängig, ob er verkaufen will, wann der Kaufvertrag geschlossen werden soll, welchen Inhalt er haben soll, ein Zustand also, der bezüglich des gesetzlich erforderten Gebundenseins in jeder Hinsicht dem entspricht, der vor dem Vertrage bestand. Die Verpflichtung, die letzterer enthält, geht lediglich dahin, daß bei einem möglicherweise eintretenden Verkaufe das Eigentum nicht einem Beliebigen, sondern einem jetzt schon bestimmten Anderen übertragen werden soll, also nicht ein Zwang zur Übertragung schlechthin, sondern nur zur Übertragung an eine bestimmte Partei, und das nur für den Fall eines freiwilligen Verkaufes, und auch dann nur, wenn von dem Vorkaufsrecht wirklich Gebrauch gemacht und die darauf gehende Erklärung abgegeben wird. Es ist aber nach § 313 erforderlich und auch vollkommen ausreichend, daß Eigentum »übertragen« werden soll; wem, das wird vom Gesetz nicht berührt und ist irrelevant. Ein Vertrag also, der nur eine

Befugnis gibt, wie sie das Vorkaufsrecht darstellt, kann unmöglich dem Formzwang unterliegen.

Zu welchem Ergebnis kommt man, wenn man andrerseits hinsichtlich des Vorkaufs den gesetzgeberischen Zweck einer Betrachtung unterzieht? Anlaß für die Einführung der Form war, wie nun schon mehrfach erwähnt, die Erwägung, daß Grundstücksveräußerungen wegen ihrer Wichtigkeit nicht vorschnell abgeschlossen werden dürften und daß die Form einen wohltätigen Überlegungszwang ausübt. Wo soll nun diese Erwägung hier Platz finden? Eine Verpflichtung zum Verkauf tritt ja gar nicht ein, wenn das Vorkaufsrecht eingeräumt wird. Vielmehr kommt die übernommene Verpflichtung erst zur Geltung gelegentlich eines Vertrages, der an sich schon die Form verlangt und so den bezweckten Schutz gewährt.

Auch diese Überlegung führt also zu dem Ergebnis, daß das Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung für den Vorkauf unbegründet ist.

Anhangsweise mag noch der Vertrag Erwähnung finden, durch den sich jemand, zum Beispiel als Mieter, das Recht einräumen läßt, ein Grundstück zu einem bestimmten Preise ankaufen zu dürfen. Darin liegt allerdings eine Verpflichtung, das Eigentum am Grundstück gegebenenfalls zu übertragen; denn jetzt hat der Eigentümer nicht mehr freie Hand. Die Bestimmung, ob verkauft werden soll, trifft die Gegenpartei. § 313 muß Anwendung finden, und zwar in gleicher Weise wie beim Vorvertrag, dem gegenüber er sich nur als eine besondere Art charakterisiert.[1])

Wiederkauf.

Wesentlich anders ist die Eigenart eines anderen besonderen Kaufvertrages, des Wiederkaufes. Dieser kann entweder im Kaufvertrage vereinbart werden. Das ist der in § 497 B. G. B. angeführte Fall. Dann unterliegt er ohne Zweifel der Form des Kaufvertrages, in dem hier interessierenden Fall also der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Er kann aber auch nachträglich vereinbart werden, ein Fall, der vom Gesetz zwar nicht ausdrücklich

---

[1]) O. L. G. Colmar i. Rechtspr. Bd. XI., S. 304.

vorgesehen, aber aus ihm zu entnehmen und rechtlich möglich ist.[1]) Hier greift, wenn es sich um Grundstücke handelt, die Formvorschrift wieder Platz. Denn jetzt liegt, im Unterschied zum Vorkauf, tatsächlich eine Gebundenheit vor. Ganz unabhängig von dem Willen des Verpflichteten kann der Verkäufer jeden Augenblick die Erklärung abgeben, daß er von seinem Rechte Gebrauch mache.[2])

Die Ausübung des Wiederkaufsrechtes unterliegt ebenso wie die des Vorkaufsrechtes in ihrer Eigenschaft als einseitiger Willenserklärung keiner Form. Das Nähere hierüber ist oben schon dargelegt.[3])

Ein Kauf auf Probe oder Besicht wird in der Praxis wohl kaum vorkommen. Daß auch er der Vorschrift des § 313 unterstellt werden muß, ist fraglos.

Schenkung.

Der Schenkungsvertrag kann in doppelter Weise vorgenommen werden: entweder der Schenkende übergibt das zu schenkende Objekt formlos, die »Realschenkung«, oder er schließt den Vertrag derart, daß er sich zur Entäußerung dem andern gegenüber verpflichtet. In letzterem Falle kommt also wieder ein Vertrag in Betracht, durch den eine Verpflichtung zu Eigentumsübertragung übernommen wird.

Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, schreibt nun das Gesetz in § 518 gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens vor; also muß auch hier dieselbe Form wie in § 313 beobachtet werden. Aber zwischen beiden Vorschriften besteht doch ein Unterschied. Während nach § 313 die Beurkundung den ganzen Vertrag betrifft, ist das gemäß § 518 nur für das »Versprechen« vorgeschrieben, während die Annahme formlos geschehen kann. Denn der Zweck der Formvorschrift bei der Schenkung, die Verhütung eines übereilten Versprechens und andrerseits die Klarstellung seines Sinnes,[4]) wird auf diese Weise schon erreicht. Ist jedoch ein Grundstück Gegenstand der

[1]) Planck II, S. 408.
[2]) Vergl. Protokolle II, S. 99.
[3]) Vergl. das auf S. 17ff. Gesagte.
[4]) Motive II, S. 292.

Schenkung, dann greift die strengere Form der Beurkundung des ganzen Vertrages Platz:[1]) § 313 ist die spezielle Vorschrift in Ansehung der allgemeinen Bestimmung des § 518.

Auftrag — Vollmacht — Parzellierungsauftrag.

Ein Auftrag, der auf die Übertragung von Grundstückseigentum hinzielt, kann entweder dahin gehen, daß der Auftraggeber durch den Beauftragten ein Grundstück erwerben, oder dahin, daß er es veräußern will.

Jedes Mal ist der Auftrag formlos gültig.[2])

Im ersten Fall hat der Beauftragte das Grundstück, das er bei Ausführung seines Auftrages erwirbt, herauszugeben (§ 667 B. G. B.). Daß aber deshalb der Auftrag nicht der Form bedarf, erhellt aus dem Zweck der Formvorschrift: diese würde hier nicht einen Schutzbedürftigen begünstigen, sondern dem Beauftragten, falls der Auftrag formlos geschlossen wäre, eine bequeme Handhabe bieten, sich seiner Pflichten zu entziehen. Es muß zwar zugegeben werden daß der Text des § 313 eine solche Deutung zuläßt. Dann würde man aber in die Gefahr geraten, vor der Dernburg einmal warnt,[3]) »ohne Berücksichtigung der Anforderungen der Zweckmäßigkeit und des praktischen Lebens in dürre Wortinterpretation zu verfallen«.

In gleicher Weise ist die zweite Art des Auftrages zu beurteilen: Jemand beauftragt einen anderen mit dem Verkauf — um diesen Veräußerungsvertrag wird es sich ja ausschließlich handeln — eines Grundstücks. Die einfache, widerrufliche Vollmacht ist nach der herrschenden Meinung nicht formbedürftig. Auftrag und Vollmacht sind nach der Auffassung des Reichsgerichts Hülfs- und Nebengeschäfte, auf die sich die Form nicht bezieht. Allerdings darf die Gefahr nicht übersehen werden, die in der formlosen Abgabe einer Vollmacht liegt.[4])

[1]) Goldmann-Lilienthal I, S. 363 Anm. 9; Oertmann S. 448.

[2]) R. G. E., Bd. 54, S. 75; Bd. 62, S. 335; Braunschweig vom 25. X. 06 i. Rechtspr., Bd. 13, S. 392; Dernburg II_1, S. 193; Planck II, S. 127 Anm. 9; Oberneck I, S. 383/384.

[3]) Vorwort zu den allgemeinen Lehren der Schuldverhältnisse, Aufl. III.

[4]) Vergl. Dernburg II_1, S. 133; Pitel im Zentr.-Bl. für freiw. Ger. Jahrg. III, S. 579.

Ferner kann sie leicht dazu benutzt werden, um ein anderes Rechtsgeschäft zu verschleiern. Tritt das zu Tage, dann ist billigerweise § 313 anzuwenden.

Ein dem Immobiliarverkehr eigentümlicher Vertrag ist der sogenannte Parzellierungsauftrag. Durch diesen verpflichtet sich jemand einem anderen gegenüber, das Eigentum an einem Grundstücke im ganzen oder parzellenweise an dritte zu übertragen, deren Bestimmung dem anderen vorbehalten bleibt. Der Vertrag enthält dann gewöhnlich noch Einzelheiten über die Vollmacht — als solche erscheint das Rechtsgeschäft —, die dem andern verliehen wird, z. B. über Art der Parzellierung, Vorschriften über Verkauf, Veranlassung zur Auflassung usw., bestimmt dann meist noch einen Mindestgesamtkaufpreis und beschränkt die Widerruflichkeit der Vollmacht. Hier liegt offenbar ein Vertrag vor, wie ihn § 313 charakterisiert: der eine Teil, das ist der Vollmachtgeber, verpflichtet sich, Grundstückseigentum zu übertragen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes und den gesetzgeberischen Absichten, den beiden wichtigsten Momenten bei der Auslegung, ist eine Verneinung der Formbedürftigkeit unmöglich.)

Gesellschaft.

In Gesellschaftsverhältnissen können die verschiedenartigsten Verpflichtungen zur Übertragung von Grundeigentum vorkommen. Zunächst sei ein Fall erwähnt, der dem eben besprochenen sehr ähnlich sieht und sich auch in seiner wirtschaftlichen Bedeutung zum großen Teil mit ihm deckt.

Es handelt sich wieder um die Ausbeutung eines Grundstückes durch Parzellierung und Veräußerung. Zu diesem Zweck haben sich zwei Leute zu einer Gesellschaft zusammengeschlossen, von denen der eine Eigentümer des Grundstückes ist und bis zur Veräußerung durch Verkaufen auch bleibt.

Nach § 705 B. G. B. verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, »die Erreichung gemeinsamer Ziele in der

) Turnau-Förster I, S. 338; Staudinger IIa, S. 135, Anm. 3b; R. G. E. Bd. 50, S. 163; O. L. G. Königsberg i. Rechtspr., Bd. II, S. 463 O. L. G. Marienwerder i. Jur. W.-Schr. 1902, S. 191 f.

durch den Vertrag vereinbarten Weise zu fördern«. Zweck der Gesellschaft ist Ausbeutung des Grundstückes durch Parzellierung und Veräußerung. Die Förderung dieses Zweckes geschieht dadurch, daß beide oder auch nur der eine durch Verhandlungen, Veröffentlichungen in den Zeitungen oder auf andere Weise Käufer zu gewinnen suchen, Kaufgeschäfte abschließen, Bezahlung regeln, Aufbesserungen vornehmen, während der Eigentümer des Grundstückes dieses zum Verkaufe hergibt. Wenn das auch in den Vertrag nicht aufgenommen ist, so geht es doch aus dem Zweck der Gesellschaft hervor. Der Vertrag unterliegt also, wie auch das Reichsgericht entschieden hat, dem Formzwange.[1])

Bloße Mäkelei wäre es dagegen, wenn sich der Eigentümer vorbehalten hätte, den jeweiligen Verkauf erst noch besonders zu genehmigen. Bei einem Mäklervertrage aber ist das Formerfordernis zu verneinen.

Bei einem Gesellschaftsvertrage ist zunächst von Interesse, ob er beurkundet werden muß, wenn er ein Illationsversprechen inbezug auf Grundstücke enthält.

Außer Betracht bleiben die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Bei ihnen erfolgt die Gründung stets durch einen gerichtlichen oder notariellen Akt, auch wenn kein Grundstück eingelegt wird. Ist dies der Fall, dann wird also die Form schon ohnehin beobachtet.

Der Gesellschaftsvertrag des B. G. B. ist formlos gültig. Wird ein Grundstück eingelegt — und zwar quoad sortem —, so entsteht zweifellos eine vertragliche Verpflichtung nach Art des § 313 B. G. B. Die Beurkundung ist also unerläßlich.

Die Gründung der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft unterliegen ebenfalls keiner Form. Auch auf sie findet § 313 fraglos Anwendung, zumal kraft gesetzlicher Bestimmung (§ 105 II und § 161 II H. G. B.) die Vorschriften des B. G. B. über Gesellschaft, soweit nichts anderes bestimmt ist, auch für sie gelten.

---

[1]) R. G. vom 19. Nov. 1904 i. Jur. W.-Schr. 1905, S. 74.

Bei der stillen Gesellschaft fehlt allerdings eine solche Verweisung. Aber § 335 Abs. I H. G. B. bestimmt, daß die Einlage so zu leisten ist, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergeht, eine Bestimmung, die über die Formfrage bei einer Einlage von Grundstücken keinen Zweifel läßt.

Nicht anders ist zu entscheiden, wenn statt eines einzelnen mehrere als Miteigentümer eines Grundstückes dieses einlegen. Zweifelhaft allerdings ist der Fall, wenn diese Miteigentümer unter sich eine Gesellschaft gründen und das Grundstück zu Gesellschaftseigentum machen wollen.

Was zunächst wieder die Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit betrifft, so wird bei diesen ein neues Rechtssubjekt geschaffen, das neben den Personen der einzelnen Mitglieder ein selbständiges Dasein führt. Eigentümer des Grundstückes wird dann die juristische Person, an die es, wie an jede natürliche Person, übertragen werden muß. Für den Fall der eigentlichen Illation, d. h. wenn die Grundstücke bei der Gründung eingelegt werden, findet auch hier wieder die gerichtliche oder notarielle Vornahme des ganzen Rechtsgeschäftes ohnehin statt. Aber es ist möglich, daß die Mitglieder, sei es vor, sei es nach der Entstehung der Gesellschaft, einen Vertrag schließen, durch den sie sich verpflichten, das ihnen als Miteigentümern gehörende Grundstück einzubringen. Dieser unterliegt dann der Vorschrift des § 313.

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes und den Gesellschaften des Handelsrechtes, die auch nach dem Prinzip der gesamten Hand konstruiert sind, besteht zwar auch ein gesondertes Gesellschaftsvermögen, aber die Eigentumsverhältnisse bezüglich dieses Vermögens gestalten sich doch erheblich anders als bei den Gesellschaften der vorigen Art. Das Grundstück gehört der Gesamtheit der Gesellschafter zu Gesamteigentum. Schließen die Miteigentümer also einen Vertrag, inhaltlich dessen das gemeinsame Grundstück in das Gesellschaftsvermögen kommen soll, dann zielt dieser Vertrag darauf ab, das bisherige Miteigentum zu ideellen Quoten in ein Gesamteigentum zu verwandeln. Es liegt also eine Gebundenheit

vor, das Eigentum zu veräußern. Denn jeder Miteigentümer verpflichtet sich, seinen ideellen Anteil, über den er freies Verfügungsrecht hat, in das Gesellschaftsvermögen einzulegen. Erwerber wird dann wieder jeder auf das Ganze, über das er nicht mehr selbständig verfügen kann Obgleich die Personen der Eigentümer dieselben bleiben, so erhalten diese doch durch die Erfüllung des Vertrages etwas ganz anderes, als sie gegeben haben. Es findet also in der Tat ein Eigentumswechsel statt. Da sich aber die Verpflichtung der Hingabe auf ein Grundstück bezieht, so greift § 313 Platz.[1])

Nach denselben Erwägungen trifft auch umgekehrt den Vertrag, durch den sich die Gesellschafter verpflichten, das Gesellschaftsgrundstück unter sich aufzuteilen, die Bestimmung des § 313.

Tritt ein neuer Gesellschafter in eine Gesellschaft ein und gehören zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke, so entsteht die Frage: Fällt auch dieser Aufnahmevertrag unter die nach § 313 zu beurkundenden Verträge? Das wird zu verneinen sein.[2]) Denn die Aufnahme bewirkt, daß der neu Eintretende unmittelbar in das Gesamthandsverhältnis zu den übrigen Gesellschaftern tritt, also Eigentümer des Grundstücks wird. Eine Verpflichtung zur Übertragung kann dabei nicht mehr begründet werden.

Das Gleiche gilt für das Ausscheiden eines Gesellschafters, ohne daß die Gesellschaft dadurch in ihrem Bestande gestört wird. Ein solcher Austritt hat zur Folge, daß der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen den übrigen zuwächst. § 738 B. G. B. Er verliert also kraft Gesetzes durch das Ausscheiden alle Rechte an dem Gesellschaftsgrundstück. Demnach kommt § 313 nicht in Frage; denn es wäre Widersinn, wenn durch dasselbe Rechtsgeschäft, das die Eigentumsveränderung kraft des Gesetzes bewirkt, die Verpflichtung hierzu übernommen werden sollte.[3])

---

[1]) Oberneck I, S. 385; Turnau-Förster I, S. 263; Neumann I, S. 258; Oertmann S. 138. R. G. E., Bd. 57, S. 432; dagegen die früheren Entscheidungen R. G. E. Bd. 30, S. 150; R. G. b. Gruchot, Bd. 38, S. 1064.

[2]) Oberneck I, S. 386; Knoke i. Archiv für bürgerl. Recht, 20, S. 183.

[3]) R. G. E, Bd. 65, S. 227 ff.

Bringt ein neu eintretender Gesellschafter ein Grundstück ein oder wird dem ausscheidenden das Eigentum an einem solchen übertragen, so unterliegen die dazu verpflichtenden Verträge natürlich der Formvorschrift.

Im Gegensatz zu dem von selbst eintretenden Eigentumsübergang beim Eintreten oder Ausscheiden eines Gesellschafters hat das Ausscheiden sämtlicher Gesellschafter, mit andern Worten die Auflösung der Gesellschaft, nicht ohne weiteres zur Folge, daß das Allein- oder Miteigentum an den Illaten den Gesellschaftern wieder zufällt. Vielmehr dauert das Gesamthandseigentum bis zur Verfügung der Gesellschafter oder Liquidatoren über das Vermögen im Laufe der Auseinandersetzung. Wird durch den Auseinandersetzungsvertrag, der auch bei nicht vertraglich entstandenen Gemeinschaftsverhältnissen, z. B. der Erbengemeinschaft, in Frage kommt, ein Grundstück einem der Gesellschafter überwiesen, so ist auch hier das Formerfordernis des § 313 begründet.[1])

Zum Schluß sei noch erwähnt, daß auch bei den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften der § 313 praktisch werden kann. Für sie erfolgt die Gründung durch einen gesetzlich normierten Gründungsakt und durch Registereintrag. Das Statut, in das die Illationsverpflichtung aufgenommen ist, braucht nur schriftlich zu sein. Die strengere Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung greift wieder Platz, sobald die Illation ein Grundstück zum Gegenstande hat.

Leibrente.

§ 761 B. G. B. bestimmt, daß zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leibrente versprochen wird, das »Versprechen« schriftlich erteilt werden muß, soweit keine andere Form vorgeschrieben ist. Das ist aber der Fall, wenn in dem Vertrag als Gegenleistung die Übereignung eines Grundstückes vereinbart ist.[2]) Denn nach § 313 müssen auch die anderen mit der Übereignung des Grundstückes in innerem Zusammenhang stehenden Vertragsteile

[1]) Neumann I, S. 259; Goldmann-Lilienthal I, S. 362.

[2]) Engelmann S. 417; Matthias 1, S. 636; Oertmann S. 823; Enneccerus-Lehmann I, S. 752.

beurkundet werden. Es würde infolgedessen auch die Erklärung der Annahme der Leibrente der Form unterliegen. Sie erübrigt sich aber, da sie bereits in der Verpflichtung zur Gegenleistung enthalten ist.[1])

Gemeinschaft.

Die Gemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 741 B. G. B.) wird dadurch charakterisiert, daß mehreren ein Recht gemeinsam nach Bruchteilen zusteht. Im Rahmen dieser Abhandlung interessiert der Fall, daß eine solche Gemeinschaft durch einen Vertrag begründet wird, der die Übereignung eines dem einen der Vertragschließenden gehörigen Grundstückes an die Gemeinschaft zum Inhalt hat. Diese Vereinbarung unterliegt dem § 313 ebenso wie der Vertrag, der einen Gemeinschafter verpflichtet, einen ihm zukommenden Bruchteil am Gemeinschaftsgrundstück zu veräußern. In beiden Fällen handelt es sich ohne Zweifel um eine Übertragung von Eigentum an Grundstücken.

Bürgschaft.

Auf die Bürgschaft wird § 313 praktisch wohl kaum Anwendung finden. Denkbar ist der Fall, daß die durch den Hauptschuldner versprochene Leistung in der Übereignung eines Grundstückes besteht und daß sich jemand als Bürge verpflichtet, für diese Leistung einzustehen, also gegebenenfalls dasselbe Grundstück an den Gläubiger zu übertragen. Hier tritt die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des ganzen Vertrages an Stelle der sonst nur (§ 766 B. G. B.) erforderlichen Schriftlichkeit der Bürgschaftserklärung.

Fraglicher ist die Entscheidung, wenn die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist. In diesem Falle beseitigt nämlich § 350 H. G. B. ausdrücklich die von § 776 B. G. B. aufgestellte Erforderlichkeit der Form. Darnach scheint es, als ob für die handelsgeschäftliche Bürgschaft jede Form, also auch die möglicherweise in Frage kommende gerichtliche oder notarielle Beurkundung in

---

[1]) Das Gleiche gilt auch für die durch Landesgesetzgebung geregelten Verträge des Art. 96 E. G. B. G. B.

Fortfall käme. Daß das aber nicht die Absicht des Gesetzes ist, zeigt der Schluß von § 350 H. G. B., der sich auf das Schuldanerkenntnis bezieht. Er setzt nämlich für dieses die Formvorschrift, sobald es sich als Handelsgeschäft auf Seiten des Schuldners darstellt, ebenfalls außer Kraft, läßt aber § 781 Satz 2 B. G. B. bestehen, der für den Fall, daß die Begründung des Schuldverhältnisses, auf das sich das Schuldanerkenntnis bezieht, eine andere Form erfordert, diese Form auch für das Schuldanerkenntnis vorschreibt. Damit unterliegt das Schuldanerkenntnis auch als Handelsgeschäft der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, falls die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstückes anerkannt wird. Es ist anzunehmen, daß die gesetzgeberische Absicht, die hierin zum Ausdruck kommt, den ganzen § 350 durchzieht und sich nicht auf das Schuldverhältnis beschränkt: die Absicht, auch den Vollkaufmann bei den wichtigen Grundstücksveräußerungen vor übereiltem Handeln zu schützen. Demnach wird die Annahme, daß § 313 auch die handelsrechtliche Bürgschaft mit umfaßt, das Richtige treffen.[1])

Vergleich.

Für den Vergleich ist eine Form nicht vorgeschrieben. Da durch ihn möglicherweise eine Verpflichtung festgelegt werden kann, so findet § 313 dann Anwendung, wenn die Verpflichtung darauf geht, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen.[2])

Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis.

Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis bedürfen für gewöhnlich der Schriftlichkeit einerseits der Erteilung des Versprechens und andrerseits der Anerkennungs-

---

[1]) Makower S. 1014 und 1015.

[2]) Das gilt nur für den außergerichtlichen Vergleich. Für den gerichtlichen nach Erhebung der Klage und im Sühnetermin vergl. das oben S. 17 Gesagte. Zu bemerken ist noch, daß, wenn der gerichtliche Vergleich, ebenso wie das Anerkenntnis, vorgenommen wird, um die Gesetzesvorschrift zu umgehen, richtiger Ansicht nach er die Formvorschrift des § 313 nicht zu ersetzen vermag. Vergl. Molitor i. Dtsch. Jur.-Ztg. 1907, S. 508.

erklärung. Beide Verträge können die Übertragung von Grundeigentum betreffen und unterliegen dann der Formvorschrift von § 313, und zwar dieses Mal kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes: §§ 780, 781 B. G. B.[1])

Sind Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen auf der Seite des Schuldners Handelsgeschäfte, so kommt der schon erwähnte § 350 H. G. B. in Anwendung, der das Erfordernis der Form in §§ 780, 781 B. G. B. aufhebt. Dadurch wird jedoch, wie gelegentlich der Bürgschaft festgestellt, die Vorschrift des § 313 nicht berührt.

---

[1]) Matthias I, S. 556; Oberneck I, S. 386; Planck I, S. 857.

III. Heilung des Formmangels.

1. Mittel zur Heilung.

Wenn ein Vertrag den Erfordernissen, die das Gesetz an ihn stellt, nicht genügt, so ist das Vereinbarte nicht immer rechtsunverbindlich und ungültig. Es kann vielmehr der Fall eintreten, daß der Vertrag weiter besteht, und zwar als ein gültiger, jedoch als ein solcher anderer Art. So bestimmt § 140 B. G. B., daß ein richtiges Rechtsgeschäft, das den Erfordernissen eines anderen genügt, in der anderen Art gültig ist, wenn die Annahme besteht, daß diese Umwandelung dem Willen der Parteien entspricht. Diese Vorschrift hat also auch Geltung, wenn das fehlende Erfordernis in einem Formmangel besteht.

Andrerseits gibt das Gesetz Mittel, einem nichtigen Vertrage zur Wirksamkeit zu helfen, und zwar bestimmt das B. G. B. im allgemeinen (§ 141), daß ein nichtiges Geschäft bestätigt werden kann, und zwar soll diese Bestätigung als erneute Vornahme gelten. Ist also ein obligatorischer Grundstücksveräußerungsvertrag formlos oder doch wenigstens nicht formgerecht geschlossen, so wird er wirksam, wenn ihn die Parteien bestätigen. Allerdings muß nun die Bestätigung unter gerichtlicher oder notarieller Beurkundung erfolgen, da sie sonst gleichfalls nichtig wäre.

Ein weiteres Mittel zur Heilung bietet für den eben genannten Vertrag das Gesetz in Satz 2 des § 313, welcher

den nicht formgerecht geschlossenen Vertrag durch nachfolgende Auflassung und Eintragung gültig werden läßt.[1])

Die praktische Bedeutung der Formvorschrift des 1. Satzes von § 313 erleidet durch diese Einschränkung allerdings eine wesentliche Einbuße,[2]) sodaß auch in der Reichstagskommission der Antrag gestellt wurde, Satz 2 zu streichen;[3]) jedoch waren die Gründe, die für eine Einführung des Satz 2 sprachen, die überwiegenden.[4]) Besongers war die Überlegung maßgebend, daß die Nichtbefolgung der Formvorschrift sonst die höchst bedenkliche und lästige, 30 Jahre lang sich hinziehende Möglichkeit einer Kondiktion zur Folge gehabt hätte, und das bei Grundstücken, deren Eigentum formgerecht übertragen war.

Außerdem erreichte auch für den erstrebten Zweck die strenge Form der Auflassung und Eintragung, ohne die doch das Eigentum nicht übergehen kann, das Ziel vollständig.

So kam es, daß auch jener Antrag auf Streichung des 2. Satzes von § 313 abgelehnt wurde.

Zur Erzielung der Heilung sind »Auflassung und Eintragung« erforderlich. Die ausdrückliche Hervorhebung beider Akte erfolgte in bewußter Abweichung vom preußischen Gesetz über den Erwerb des Eigentums vom 5. Mai 1872. Dieses bestimmte im § 10: ». . . . jedoch wird die mangelnde Form dieses (d. h. die Auflassung veranlassenden) Geschäftes durch die Auflassung geheilt«. Die Formulierung beruhte auf der damals selbstverständlich erscheinenden Voraussetzung, daß Auflassung und Eintragung etwas Einheitliches seien und unmittelbar auf einander folgten, eine Auffassung, die gemäß Artikel 143 E. G. B. G. B. nach heutigem Recht nicht mehr haltbar ist.[5])

Allerdings bewirkt auch schon die Auflassung allein, daß der eingetragene Eigentümer nicht mehr über das Grundstück verfügen kann, daß er vielmehr an die Auf-

---

[1]) In Nachbildung des § 10 preuß. Eigent.-Erw.-Ges., der sich in der Praxis schon bewährt hatte.

[2]) Meißner S. 41.

[3]) Bericht der Reichstags-Kommission S. 37.

[4]) Protokolle S. 928 ff.; Motive II, S. 189.

[5]) Turnau-Förster I, S. 342.

lassung gebunden ist. Aber diese Gebundenheit hat mit der Verpflichtung aus dem obligatorischen Vertrage nichts zu tun. Letztere wird vielmehr erst gültig, wenn auch die Eintragung gemäß der Auflassung erfolgt ist.

Auflassung.

Die Heilung, die durch Auflassung und Eintragung nach § 313 eintreten soll, bezieht sich auf einen nicht formgerecht abgeschlossenen »Vertrag«. Daraus ergibt sich, daß die Erfordernisse eines Vertrages auch noch bei der Auflassung vorhanden sein müssen. So muß also noch zu diesem Zeitpunkt der beiderseitige Vertragswille vorliegen. Soll der frühere Vertrag gültig werden, so müssen die Punkte, auf die sich der zur Zeit der Auflassung vorhandene Vertragswille erstreckt, dieselben sein, die der frühere Vertragsschluß umfaßte.

Ist die Willensübereinstimmung da, so hindert auch eine falsche Bezeichnung nicht mehr die Heilung.[1])

Die erforderliche Identität von obligatorischem, nichtigem und zu heilendem Vertrage erstreckt sich zunächst auf den Erwerber des Grundstücks.

Nicht nötig ist, daß der Erwerber persönlich bei der Auflassung mitwirkt. Vielmehr wird der Vertrag auch dadurch geheilt, daß ein Bevollmächtigter die Auflassung entgegennimmt und demgemäß die Eintragung erfolgt. Wird letztere auf den Namen des Bevollmächtigten vorgenommen, dieser also als Eigentümer eingetragen, so ist allerdings der Auflassung und Eintragung die heilende Kraft in Bezug auf die nicht formgerecht getroffene Vereinbarung zu versagen.[2]) Diese tritt erst ein, wenn die Auflassung dem Vollmachtgeber erteilt und dieser als Eigentümer eingetragen worden ist.[3])

In dem Fall, daß das Grundstück von dem Käufer vor der Auflassung weiter veräußert ist, braucht es nicht zunächst an den ersten Käufer selbst und von diesem weiter aufgelassen zu werden. Vielmehr genügt die Auflassung

---

[1]) Winter i. Zentralbl. f. frw. Gerichtsb., Jahrg. III, S. 583.
[2]) R. G. bei Gruchot, Bd. 27, S. 1029.
[3]) Turnau-Förster I, S. 347.

von dem Eigentümer an den letzten Erwerber, um alle unter den Zwischenkäufern geschlossenen, obligatorischen Verträge giltig zu machen,[1]) — natürlich unter allgemeiner Zustimmung und der Voraussetzung, daß bei der Auflassung auf beiden Seiten der Vertragswille vorhanden ist —, ohne daß jedoch an den obligatorischen Beziehungen zwischen den einzelnen Vertragsschließenden etwas geändert wird oder der Auflassende in eine solche zu dem letzten Käufer tritt.

Ebenso wird auch durch die von dem Verkäufer an den Zessionar des Käufers erfolgende Auflassung der Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer geheilt. Denn hierdurch erfüllt der Käufer gegenüber seinem Vertragsgegner.[2])

Der Identität des Erwerbers entspricht die des Grundstücks in Bezug auf das vertraglich geschuldete und das aufzulassende. Besonders wichtig ist das Erfordernis für den Fall, daß nicht das ganze Grundstück oder von mehreren nicht alle aufgelassen werden: ist die Übereignung des ganzen oder der mehreren Grundstücke vertraglich geschuldet, so tritt, wenn die Auflassung nur teilweise erfolgt, Heilung nicht einmal in Ansehung dieses Teiles ein.[3])

Vorausgesetzt ist allerdings, daß die Übereignung der einzelnen Teile des einen Grundstücks oder der mehreren Grundstücke wirklich eine zusammenhängende Leistung darstellt, also die Erfüllung eines einheitlichen, unteilbaren Rechtsgeschäftes bildet, daß es sich nicht um mehrere, in keinem inneren Zusammenhange stehende, nur in dieselbe Vertragsurkunde aufgenommene Verpflichtungen handelt.

Planck und Oertmann nehmen dagegen eine teilweise Heilung bei teilweiser Auflassung an,[4]) und immer

---

[1]) So die über diese Frage reichhaltige Judikatur; besonders R. G. vom 3. 4. 1907 im »Recht« 1907, S. 33, in Übereinstimmung mit früheren Entscheidungen, wie R. G. E. Bd. 16, S. 267; vgl. Gruchot Bd. 40, S. 391; Bd. 41, S. 1017; Jur. Wochen-Schr. 1897, S. 298.

[2]) Oberneck I, S. 392.

[3]) Schollmeyer S. 168; Crome II, S. 163; Staub II, S. 1234; Oberneck S 390; Turnau-Förster I, S. 347; Brettner im »Recht« 1901, S. 489; R. G. vom 13. 2. 1907 b. Seuffert, Bd. 62, S. 231; R. G. E. Bd. 16, S. 268; O. L. G. Posen in Rechtspr. Bd. 6, S. 43; vgl. E. d. Ob. Trib. Bd. 82, S. 177.

[4]) Planck II, S. 127, Anm. 3; Oertmann S. 141, Anm. 7 bα.

in Ansehung der Grundstücksteile, die aufgelassen sind. Sie lassen dann konsequenter Weise die Nichtigkeit des ganzen Vertrages gemäß § 139 B. G. B. nur in dem Falle eintreten, daß nicht anzunehmen ist, daß der Vertrag auch geschlossen wäre, wenn es sich nur um den beschränkten Umfang des Objekts gehandelt hätte.

Praktisch wird diese Annahme in sehr vielen Fällen zu demselben Ergebnis führen wie die oben vertretene Meinung, aber trotzdem ist sie nicht zu billigen. Denn die Vertragsabrede geht dahin, daß das ganze Grundstück beziehungsweise alle aufgeführten Grundstücke zu übereignen seien. Wird nur teilweise übereignet, so ist eben der Vertrag — natürlich in seinem ganzen Umfange — nicht erfüllt und eine Heilung des Formmangels ausgeschlossen.

In erhöhtem Maße gilt das für einen Vertrag, bei dem auf beiden Seiten Grundstücke geschuldet werden, für den Fall, daß auf einer oder gar auf beiden Seiten nur teilweise aufgelassen wird. Bei einem Tausch müssen von beiden Seiten in vollen Umfange die Auflassungen erfolgen, um eine Heilung herbeizuführen.[2])

Eintragung.

Da es sich bei der Eintragung um einen rein äußerlichen Akt handelt, durch den lediglich der Wille der Parteien verwirklicht werden soll, so kommt es bei ihr auf diesen nicht mehr an, sodaß die bei der Auflassung noch erforderliche Willensübereinstimmung jetzt nicht mehr nötig ist. Die Identität des einzutragenden Eigentümers mit dem im Vertrag und bei der Auflassung mitwirkenden Erwerber ist ebenso wie die des Grundstücks auch bei der Eintragung erforderlich. Eine falsche Eintragung wäre mit Bezug auf die Heilung des nichtigen, obligatorischen Vertrages wirkungslos. Erst wenn sie durch eine richtige ersetzt worden ist, wird der Vertrag gültig.

Aus dem Erfordernis der Auflassung und Eintragung würde folgen, daß ein formloser Vertrag immer der Heilung entbehren müßte, wenn die Erfüllung deswegen nicht

---

[2]) Enneccerus - Lehmann I, S. 436, Anm. 4; Schollmeyer S. 168; R. G. E. Bd. 56, S 383.

durch Auflassung und Eintragung erfolgen kann, weil kein Grundbuch vorhanden ist und der Eigentumsübergang deshalb gemäß Art. 189 E. G. B. G. B. vor sich geht. Daß dieses Ergebnis, wenn auch durchaus dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend, unmöglich ist, leuchtet ein. Aber es entspricht auch nicht den Gründen, die die Einführung der Formvorschrift veranlaßten. Man wird nicht fehlgehen, wenn man mit Hachenburg[1]) der Auflassung und Eintragung nicht nur den Eigentumsübergang durch Verlautbarung des Veräußerungsgeschäftes vor einer Behörde und durch Ab- und Zuschreiben in einem öffentlichen Buche gleichstellt, sondern das auch bezüglich der einfachen Tradition da tut, wo sie zur Übereignung von Grundstücken genügt: Sinn des Gesetzes ist der, daß durch die Erfüllung der obligatorische Vertrag geheilt werden soll, ebenso wie es bei der Schenkung und der Bürgschaftsübernahme der Fall ist. Erfüllung der unter § 313 fallenden Verträge ist aber die Grundstücksübereignung, mag sie erfolgen, in welcher Form sie wolle.

---

2. Äußerung der Heilung.

»*ohne Beachtung dieser Form geschlossen.*«

Der Wortlaut des § 313 Satz 2 äußert, daß ein ohne Beobachtung der in Satz 1 vorgeschriebenen Form geschlossener Vertrag durch Auflassung und Eintragung gültig wird. Aus der Gegenüberstellung mit Satz 1 geht hervor, daß die Heilung sich allein auf Formmängel bezieht.[2])

Ausgeschlossen von der Heilung sind also die mit Willensmängeln behafteten Verträge. Anfechtbarkeit des Vertrages zum Beispiel wegen Irrtums oder Betruges würde, wenn die Anfechtung auch erst nach Auflassung und Eintragung erfolgt, Nichtigkeit mit rückwirkender Kraft begründen.

---

[1]) Hachenburg S. 93; Kuhlenbeck S. 258, Anm. 1; vergl. dagegen Habicht S. 455.

[2]) Staudinger I a, S. 136, Anm. 6 b; Crome II, S. 163, Anm. 42.

Nicht geheilt wird ferner ein Vertrag, wenn die Zustimmung eines Dritten, die abgesehen von der Formvorschrift zur Gültigkeit erforderlich war, nicht erfolgt ist, wenn Nichtigkeit der Vollmacht vorliegt, wenn der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.

Soweit ein Formmangel vorliegt, wird er aber auch stets geheilt, ganz gleich welcher Art er ist, sei es, daß die Beurkundung nicht erfolgt ist, sei es, daß sie nur zum Teil oder falsch vorgenommen ist, mag die falsche Protokollierung auf Versehen oder Absicht beruhen.

Eine scheinbare Ausnahme gibt es: das sind die Verträge, für die eine besondere Form vorgeschrieben ist, z. B. Erbverträge. Bezieht sich ein solcher ausschließlich auf Grundstücke, so kann er nicht dadurch gültig werden, daß der Erblasser die Auflassung und Eintragung bewirkt. Die Heilung bezieht sich also nur auf Verträge, die § 313 Satz 1 trifft.

»seinem ganzen Inhalte nach.«

Der Vertrag, auf den sich die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung erstreckt, wird »seinem ganzen Inhalte« nach gültig.

Daraus ergibt sich, daß jetzt das Recht auf die in dem Vertrage versprochenen Gegenleistungen zur Entstehung gelangt, und ferner, daß sich die Heilung bei einem in seinem ganzen Umfange formwidrig geschlossenen Vertrage auf alle Punkte, auch auf die unwesentlichen, dem Formzwang nicht unterliegenden Vertragsteile erstreckt.

Ist das aber auch der Fall bei einem Vertrage, der zwar die erforderliche Form aufweist, aber noch durch formlose Nebenabreden ergänzt ist, in Bezug auf diese? Nach dem Wortlaut der Vorschrift wird nur der nicht formgerechte Vertrag durch Auflassung und Eintragung geheilt. Demnach wären die formlosen Abreden neben dem formellen Vertrage unheilbar nichtig. Das würde zu dem merkwürdigen und unbilligen Ergebnis führen, daß ein formlos abgeschlossener Vertrag mit allen Nebenabreden gültig wird, während ein anderer, der sogar in seiner Hauptsache der Formvorschrift vollkommen genügt, an

einer teilweisen Nichtigkeit kranken müßte. Das kann nicht der Sinn des Gesetzes sein und ist es auch nicht. Die neben dem formellen Vertrage getroffenen Vereinbarungen gehören eben, wenn sie auch noch so unwesentliche Punkte betreffen, zum Vertrage. Sind sie nicht beurkundet, so genügt damit auch der Vertrag nicht der Form, ohne daß natürlich dadurch die Einschränkung des Formzwanges auf die subjektiv wesentlichen Punkte des Vertrages berührt wird.

In diesem Sinne versteht auch die heute unbedingt herrschende Ansicht das Gesetz.[1])

Wesentlich ist jedoch, daß der Vertragswille der Parteien zur Zeit der Auflassung auch alle die Abreden umfaßt, die gültig werden sollen. Denn nur hinsichtlich derer, auf die sich der Wille erstreckt, kann der Formmangel geheilt werden.[2]) Dabei ist es aber wieder gleichgültig, ob die Abreden bei oder nach dem Abschluß des Hauptvertrages getroffen sind.

Deshalb werden nicht nur ergänzende Nebenabreden gültig, sondern auch Abänderungsverträge, aber immer wieder unter der Voraussetzung, daß sich der Vertragswille bei der Auflassung auch auf diese Abänderung bezieht.

Da nur das von den Parteien Gewollte gültig wird, so kann es sogar vorkommen, daß trotz des formgerechten Abschlusses eines Vertrages mit der Auflassung und Eintragung ein anderer, formloser allein gültig wird, der einen ganz abweichenden Inhalt hat: das geschieht bei der Simulation. Der formelle Vertrag ist nichtig, weil er nicht gewollt ist, und der dissimulierte Vertrag ist wegen Formmangels nichtig. Wird die Auflassung und Eintragung vorgenommen, dann wird der Formmangel des dissimulierten Vertrages geheilt und dieser allein gültig.

Das wird praktisch zum Beispiel in folgenden Fällen:[3]) die Parteien geben zur Vermeidung von höheren Kosten

---

[1]) U. a.: Dernburg II, S. 193, Anm. 20; Planck II, S 128, Anm 4; Oertmann S. 142, Anm. 7 g; Schollmeyer S. 168; Meissner S. 41; Goldmann-Lilienthal I, S. 365; Staudinger II a, S. 136, Anm. 6 a; R. G. E. Bd. 2, S. 293; Bd. 57, S. 164; vergl. Gruchot S. 22, 405.

[2]) R. G. b. Gruchot 48, S. 793.

[3]) Turnau-Förster I, S. 344.

und Stempelgebühren oder aus anderen Gründen in dem gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrage den Kaufpreis niedriger an, als er in Wirklichkeit gezahlt werden soll. Durch die Heilung erlangt der durch den nicht gewollten, formellen Vertrag verschleierte Wille Geltung und der Verkäufer bekommt ein klagbares Recht auf Zahlung des höheren Kaufpreises. Ebenso verhält es sich, wenn der Käufer formlos noch andere Leistungen versprochen hat, zum Beispiel Gewährung von Altenteil.

Aus dem Erfordernis der Willensübereinstimmung bezüglich der formlosen Abreden neben dem formgerechten Vertrage folgt, daß diese Abreden in der Regel keine Wirksamkeit erlangen werden, wenn die Auflassungserklärung durch Urteil ersetzt werden muß.[1]) Durch das Urteil wird nur die Erfüllung des formgerechten Vertrages erreicht, der ja allein durch seine von Anfang an bestehende Rechtsverbindlichkeit Grundlage des Urteils sein kann. Erkennt der Verkäufer also die formlosen Nebenabreden bei der Auflassung nicht freiwillig an, so bleiben sie so bedeutungslos, wie sie vorher waren. Werden dagegen etwa nach Rechtskraft des Urteils noch Vereinbarungen formwidrig getroffen, so erstreckt sich die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung auch auf diese.

Die Beweislast würde sich bei angeblichem Vorhandensein von formlosen Nebenabreden so regeln, daß sie diejenige Partei trifft, die sich auf sie bezieht, und zwar ist erforderlich, daß nicht nur Vorhandensein, sondern auch Inhalt der Abreden behauptet wird. Im Falle des Widerspruches mit dem formellen Vertrage muß ferner nachgewiesen werden, daß der wirkliche Vertragswille zur Zeit der Auflassung sich mit den widersprechenden, formlosen Nebenabreden deckte.[2])

»gültig werden.«

Ist die Übereignung des Grundstücks vollzogen, so wird nach der Bestimmung des Gesetzes der Vertrag gültig. Was darunter zu verstehen ist, unterliegt keinem Zweifel:

---

[1]) Turnau-Förster I, S. 349.
[2]) Oberneck I, S. 389.

Jede Partei ist jetzt in der Lage, die Erfüllung der von der Gegenpartei übernommenen Verpflichtungen, wenn sie nicht freiwillig erfüllt werden, durch Urteil zu erzwingen; keine Partei kann mehr das, was sie auf Grund des nichtigen Vertrages geleistet hatte, kondizieren.

Eins läßt das Gesetz jedoch völlig im Unklaren: es fehlt eine Bestimmung darüber, ob die Gültigkeit des Vertrages durch die erfolgte Auflassung und Eintragung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückbezogen werden oder ob die Vertragswirkung erst mit der Vollendung der Übereignung des Grundstückes beginnen soll.

Für eine Wirkung ex tunc[1]) tritt Planck[2]) ein. Er sieht die Auflassung als eine Bestätigung des nicht formgerechten Vertrages an.

Dem ist nicht beizutreten. Dann müßte nämlich die Auflassung allein schon heilende Kraft besitzen, da hier allein Willenstätigkeit in Frage kommt, eine Annahme, die, wie oben schon hervorgehoben, dem Sinne des Gesetzes widerspricht. Wesensinhalt der Bestätigung ist ferner der Wille, das nichtige Geschäft zu einem gültigen zu machen. Infolgedessen müßten die Parteien die Nichtigkeit des nicht formgerecht abgeschlossenen Vertrages kennen, ein Erfordernis, das auch nicht einmal aus dem Sinne der Vorschrift des § 313 zu ersehen ist.

Schollmeyer und Enneccerus[3]) wollen die Rückwirkung aus dem mutmaßlichen Willen der Parteien herleiten. Diese nehmen die Auflassung und Eintragung als Erfüllung ihres Vertrages vor, ganz ungeachtet dessen, ob er nichtig ist oder gültig.

Daß die Parteien die Übereignung des Grundstückes in der Regel mit Rücksicht auf den obligatorischen Vertrag vornehmen werden, soll nicht bestritten werden. Daß aber dieser Parteiwille für die Auslegung des Gesetzes in Betracht käme, ist doch schlechterdings nicht möglich.

Es sprechen auch noch andere Momente für eine Ablehnung der Wirkung ex tunc, so die Tatsache, daß bei

---

[1]) Schollmeyer S. 169; Staudinger IIa, S. 136, Anm. 6; Enneccerus-Lehmann I, S. 436; Behrend bei Gruchot 31, S. 457.

[2]) Planck II, S. 128, Anm. 4.

[3]) a. a. O.

jeder Art von Unwirksamkeit das Gesetz es besonders hervorhebt, wenn die Akte, die das Rechtsgeschäft zu einem voll wirksamen machen, rückwirkende Kraft äußern sollen. Schließlich hatte sich bei der Auslegung des schon erwähnten § 10 des preußischen E. E. G. Judikatur und Wissenschaft überwiegend für eine Wirkung ex nunc entschieden. Da dieser Ansicht weder im Gesetz noch in den Materialien widersprochen ist, so ist sie auch allein für § 313 maßgeblich.[1])

Auf diese Weise wird auch eine unbillige Konsequenz vermieden, die sich bei Annahme der rückwirkenden Kraft ergeben würde und die auch von Schollmeyer anerkannt wird. Gewährleistungsansprüche gemäß § 477 verjähren nämlich in einem Jahre seit Übergabe des Grundstücks. Erfolgt also die Auflassung und Eintragung später als ein Jahr seit der Übergabe, dann kommt für den Käufer ein solcher Anspruch niemals zur Entstehung. Nimmt man dagegen rückwirkende Kraft an, so läuft die Verjährung erst von der Vornahme der Eintragung ab. Denn § 477 setzt einen gültigen Kaufvertrag voraus. Diese Eigenschaft erhält der Vertrag aber erst durch Auflassung und Eintragung.

Für die Annahme einer Wirkung ex tunc wird angeführt, daß vertragsmäßige Nutzungen des Grundstückes und demgemäß Zinsen des Kaufpreises nachträglich gefordert werden könnten und, falls sie geleistet wären, nicht zurückgegeben zu werden brauchten.

Genau dasselbe wird auch erreicht, wenn die Wirksamkeit des Vertrages erst mit der Eintragung eintritt. Denn das Gesetz spricht von einem Gültigwerden des Vertrages seinem ganzen Inhalte nach. Dazu gehört unzweifelhaft auch die Vereinbarung, daß von einem bestimmten Tage an die Nutzungen dem Käufer gebühren sollen.

Es ist demgemäß daran festzuhalten, daß der wegen Formmangels bis zur Eintragung nichtige Vertrag durch diese nach voraufgegangener Auflassung zu einem gültigen wird und dann erst seine Wirksamkeit entfaltet.

---

[1]) Turnau - Förster I, S. 343; Meisner S. 41; Oertmann S. 141 Staub II, S. 1234; R. G. bei Gruchot Bd. 29, S. 388.